



HAL
open science

Le renouvellement de la sanction en droit économique contractuel

Noémie Lefeuvre

► **To cite this version:**

Noémie Lefeuvre. Le renouvellement de la sanction en droit économique contractuel. Droit. Université de Rennes, 2021. Français. NNT : 2021REN1G018 . tel-04348094

HAL Id: tel-04348094

<https://theses.hal.science/tel-04348094>

Submitted on 16 Dec 2023

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

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

THESE DE DOCTORAT DE

L'UNIVERSITE DE RENNES 1

ECOLE DOCTORALE N° 599
Droit et Science politique
Spécialité : *Droit*

Par

Noémie LEFEUVRE

Le renouvellement de la sanction en droit économique contractuel

Thèse présentée et soutenue à la Faculté de Droit et de Science politique, le 15 décembre 2021
Unité de recherche : Centre de droit des affaires

Rapporteurs avant soutenance :

Claudia GHICA-LEMARCHAND
Édouard VERNY

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Composition du Jury :

Examineurs : Claudia GHICA-LEMARCHAND
Richard DESGORCES
Édouard VERNY

Professeur à l'Université Paris-Est Créteil
Professeur à l'Université Rennes 1
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Dir. de thèse : Marie-Laure CICILE-DELFOSSÉ

Professeur à l'Université Rennes 1

L'université de Rennes I n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

À Mélanie et Louis

Remerciements

Par ces mots, qu'il me soit permis de remercier vivement et chaleureusement Madame Le professeur Marie-Laure Cicile-Delfosse, ma directrice de thèse, pour son soutien, son accompagnement, ses précieux conseils, sa patience et sa disponibilité.

Je tiens également à remercier tous les enseignants et collègues avec lesquels j'ai eu l'opportunité de travailler ou simplement échanger au sein de la faculté de Droit de Rennes 1. Ces rencontres furent toujours instructives et enrichissantes.

J'ai notamment une pensée très chaleureuse pour Christelle, Isabelle, Aurélien, Laurent, et bien sûr Adeline, Julie, Marie, Nadège, et Viky.

Je tiens à remercier tout particulièrement Cécile, ma collègue, devenue ma confidente et mon amie, pour le soutien sans faille dans les moments de doute et dans les moments de joie, les nombreux échanges, les partages... tu as été un véritable roc dans cette aventure.

Aurore, mon amie, ma sœur, nous la preuve que l'éloignement géographique n'est rien et te savoir toujours présente quand j'en ai eu besoin m'a été tellement précieux. Merci pour ton amitié et ton soutien !

Merci merci merci à mes singles ladies (Aurélie, Camille, Julie et Shéhérazade) pour votre amitié, votre folie, nos retrouvailles toujours aussi heureuses et emplies de rires. Votre amitié et votre soutien sont inestimables.

Un immense merci à mes Jeannine (Catherine, Margaux, Mathilde et Sophie), qui m'ont rejointe en cours d'aventure mais qui ont joué un rôle essentiel. Notre amitié n'est pas un hasard et nos échanges, nos escapades salutaires, les rires, votre énergie, vos encouragements, et la sérénité que vous m'avez apportée ont été indispensables.

Merci à tous mes relecteurs attentionnés : Aurore, Nicolas, Camille, Shéhérazade, Aurélie, Julia, Sophie, Catherine, Margaux, Mathilde et Fabien.

Enfin, le mot merci ne sera jamais suffisant et assez fort pour exprimer ma reconnaissance et remercier mes parents, Serge et Sylvie, et mon frère, Fabien, pour leur présence constante, leur soutien sans faille et inconditionnel, Vous êtes mes piliers !

À tous, tous ceux cités mais aussi malheureusement oubliés, tous ceux qui, de près ou de loin, à un moment ou à un autre, ont croisé mon chemin au cours de ces années : vous avez été acteurs dans l'aboutissement de ce travail aujourd'hui. Du plus profond de mon cœur, je vous en remercie !

SOMMAIRE

| | |
|--|-----|
| Liste des principales abréviations | 3 |
| INTRODUCTION..... | 9 |
| PARTIE 1. La diversification des sanctions en droit économique contractuel..... | 47 |
| TITRE 1. L'évolution des sanctions civiles. | 49 |
| Chapitre 1. Les sanctions civiles classiques à l'efficacité limitée | 51 |
| Chapitre 2. Les sanctions civiles renouvelées à la nature discutée | 99 |
| TITRE 2. L'explosion des sanctions non civiles. | 137 |
| Chapitre 1. L'extension des sanctions non civiles principales | 141 |
| Chapitre 2. La diversification des sanctions non civiles secondaires | 195 |
| PARTIE 2. L'impératif remodelage de la sanction en droit économique contractuel | 235 |
| TITRE 1. Redonner du sens à la sanction | 237 |
| Chapitre 1. De la sanction à la sanction non civile, le choix d'une sanction répressive. | 239 |
| Chapitre 2. La recherche d'un choix de la sanction fondé sur un ordre public particulier | 291 |
| TITRE 2. Repenser la procédure pour une sanction plus effective | 327 |
| Chapitre 1. Les déficiences procédurales, freins à l'optimisation de la sanction | 329 |
| Chapitre 2. L'évolution impérative des règles procédurales pour une meilleure effectivité des sanctions non civiles. | 441 |
| CONCLUSION GENERALE | 493 |
| BIBLIOGRAPHIE | 497 |
| INDEX | 537 |
| TABLE DES MATIERES..... | 543 |

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

| | |
|---------------------------------|---|
| AJCA | <i>Actualité juridique des contrats d'affaires</i> |
| AJDA | <i>Actualité juridique de Droit administratif</i> |
| Al. | <i>Alii</i> |
| AMF | Autorité des marchés financiers |
| Arch. Phil. dr. | <i>Archives de philosophie du droit</i> |
| Art. | Article |
| Ass. | Assemblée |
| Bull. crim. | <i>Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation</i> |
| Bull. civ. I ... | <i>Bulletin des arrêts de la Première (etc.) Chambre civile de la Cour de cassation</i> |
| CA | Cour d'appel |
| Cah. entreprise | dr. <i>Cahiers de droit de l'entreprise</i> |
| Cass. Civ. 1 ^{ère} ... | Première chambre civile de la Cour de cassation... |
| Cass. crim. | Chambre criminelle de la Cour de cassation |
| C. civ. | Code civil |
| C. com. | Code de commerce |
| C. consom. | Code de la consommation |
| CE | Conseil d'Etat |

| | |
|--------------------|---|
| Chap. | Chapitre |
| Chron. | Chronique |
| Coll. | Collection |
| C. mon et fin | Code monétaire et financier |
| Comm. | Commentaire |
| Comp. | Comparer |
| Concl. | Conclusions |
| Cons. const. | Conseil constitutionnel |
| Cons. | Considérant |
| Contra | En sens contraire |
| Contrats consom | conc. Revue Contrats concurrence, consommation |
| Conv. EDH | Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme |
| CEDH | Cour européenne des droits de l'homme |
| C. pén. | Code pénal |
| CPP | Code de procédure pénale |
| CSP | Code de la santé publique |
| D. | <i>Dalloz</i> |
| DP | <i>Dalloz Périodique</i> |
| Dir. | Sous la direction de |
| Dr. pén. | Droit pénal |

| | |
|-----------|--|
| Dr. soc. | Droit social |
| Doctr. | Doctrine |
| Ex. | Exemple |
| Fasc. | Fascicule |
| Gaz. Pal. | <i>Gazette du Palais</i> |
| In | <i>Dans</i> |
| IR | Informations rapides |
| JCP | La semaine juridique, édition générale |
| JO | Journal officiel |
| Jur. | Jurisprudence |
| LEDC | Revue l'Essentiel du Droit des contrats |
| LGDJ | Librarie générale de droit et de jurisprudence |
| LPA | Revue Les Petites affiches |
| MAJ | Mise à jour |
| N° | Numéro |
| Not. | Notamment |
| Obs. | Observations |
| Op. cit. | Operecitato |
| P. | Page |
| Préf. | Préface |
| PUF | Presses Universitaires de France |

| | |
|----------------|--|
| Préc. | Précédent |
| PUAM | Presses universitaires d'Aix-Marseille |
| QPC | Question prioritaire de constitutionnalité |
| Rappr. | Rapprocher |
| RDC | Revue Droit des contrats |
| RDI | <i>Revue de droit immobilier</i> |
| Rec. | Recueil |
| RDPC | <i>Revue de droit pénal et de criminologie</i> |
| Réf. | Références |
| Rev. | Revue |
| Rev. Jur. Com. | <i>Revue de jurisprudence commerciale</i> |
| Rev. sc. crim. | <i>Revue de sciences criminelles</i> |
| Rev. sociétés | <i>Revue des sociétés</i> |
| RIDC | <i>Revue internationale de droit comparé</i> |
| RPDP | <i>Revue pénitentiaire de droit pénal</i> |
| RTD civ. | <i>Revue trimestrielle de droit civil</i> |
| RTD com. | <i>Revue trimestrielle de droit commercial</i> |
| RTDF | <i>Revue trimestrielle de droit financier</i> |
| S. | <i>Sirey</i> |
| Sect. | Section |
| Sp. | Spécialement |

| | |
|-------|-------------|
| Somm. | Sommaire |
| Suiv. | Suivant(e)s |
| t. | Tome |
| Th. | Thèse |
| V. | Voir |
| V° | Verbo |
| Vol. | Volume |

INTRODUCTION

« *Le législateur, comme la jurisprudence, sont avides de sanctions. Le phénomène apparaît comme un corollaire de la boulimie législative propre à l'époque contemporaine : chaque nouvelle règle semble appeler une nouvelle sanction* »

Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET¹

1. Les sanctions en droit économique contractuel, une impression de flou. Le paysage économique contractuel est une parfaite illustration de ce qu'évoquent Mesdames Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET : dans un domaine où le droit se renouvelle sans cesse, les sanctions suivent une destinée parallèle, le législateur multipliant les sanctions. Ces dernières se découvrent multiples en matière économique : de différentes natures – civiles, pénales ou administratives, elles prennent des formes différentes – amendes, confiscations, publicité, emprisonnement, etc., le tout en vue d'obtenir un droit efficace. Néanmoins, la perspective offerte à l'observateur laisse interrogateur : de loin, le paysage laisse une impression de flou, à l'image du tableau de Monet, *Impression, soleil levant*². Si l'on distingue la vue d'ensemble, elle reste nébuleuse. Il est difficile de distinguer lorsqu'une sanction ou une autre s'applique pour réprimer tel manquement, ainsi que la raison du recours à une sanction civile, pénale ou administrative. Si l'on se rapproche pour observer de près la toile du droit économique contractuel, c'est plutôt une image en pointillés qui se révèle. De nombreuses sanctions y coexistent sans qu'elles soient toujours coordonnées, à l'image de l'œuvre d'un peintre

¹ C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.XIII.

² Claude Monet, *Impression, soleil levant*, Musée Marmottan, Paris, 1872.

pointilliste, comme Georges Seurat³ ou Paul Signac⁴. Le législateur a appliqué distinctement des sanctions pour former un droit économique contractuel, comme le peintre applique distinctement des petits points de couleur les uns à côté des autres pour laisser l'œil du spectateur fondre les couleurs pour former une image unie et harmonieuse. Seulement, l'observateur juriste ne parvient jamais à voir une image claire et lisible de la matière, car le législateur s'est contenté d'y apposer des sanctions diverses sans toujours penser à la cohérence d'ensemble et à l'association de ces sanctions les unes avec les autres. L'œuvre n'étant pas satisfaisante, il convient de remettre le métier sur l'ouvrage, ou plutôt la toile sur le chevalet, afin d'obtenir un tableau de la sanction en droit économique contractuel qui révèle sa clarté et son harmonie. À cette fin, définir la sanction constitue la première étape indispensable pour reconstruire un droit cohérent (I), avant de s'attacher aux raisons du renouvellement de la sanction en matière contractuelle (II), matière qui s'est en partie spécialisée en devenant un véritable droit économique contractuel, dont font partie le droit de la consommation et les pratiques restrictives de concurrence (III).

I. La sanction, entre unité et diversité.

2. La sanction, élément fondateur de la norme. « On conçoit intuitivement que la sanction est un élément essentiel du droit ».⁵ Ainsi que l'énonce Monsieur François BRUNET, la sanction se révèle comme un instrument fondamental du droit, qui est indispensable pour que la norme puisse prendre toute sa mesure. Sans la menace d'une sanction, pourquoi respecter la règle édictée ? Ihering considère même qu'une règle de droit sans contrainte, « c'est un feu qui ne brûle pas, c'est un flambeau qui n'éclaire pas ».⁶ Assortir la règle de droit d'une sanction s'impose pour que celle-ci embrasse toute sa force normative⁷.

Élément fondamental de la norme juridique, la sanction, dans son acception générale, a paradoxalement fait l'objet d'un nombre assez restreint d'études. Si, au contraire, les sanctions

³ Parmi les œuvres de Seurat, on peut citer : *La Seine à la Grande Jatte. Printemps* (huile sur toile, 1888), *Un dimanche après-midi à l'Île de la Grande Jatte* (1884-1886), Art Institute of Chicago.

⁴ Parmi les œuvres de Paul Signac : *La Calanque* (1906), Musées royaux des Beaux-arts de Belgique (Bruxelles), *Le clocher de Saint-Tropez* (1896), huile sur toile (82 × 64 cm), Fondation Bemberg (Toulouse).

⁵ Fr. Brunet, *La normativité en droit*, préf. Étienne Picard, Mare & Martin, 2011, p.180.

⁶ Rudolf von Ihering (souvent Ihering), cité par Régis de Castelneau, « Le droit saisi par l'exigence de vérité », in M. Wierviorcka (dir.), *Mensonges et vérités*, Éd. Sciences Humaines, coll. Les entretiens d'Auxerre, 2016, p.51.

⁷ Sur la force normative de la règle de droit v. not. : C Thieberge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009.

spécifiques ont pu faire l'objet d'écrits divers et parfois nombreux, à l'image des sanctions pénales⁸ ou des différentes sanctions civiles⁹, sanctions impactant directement le contrat¹⁰ ou impactant le contractant¹¹, les études sur la notion même de sanction ne sont pas si nombreuses que cela¹². Est-ce pour cela que la sanction resterait « *l'inconnue du droit* », formule énoncée par Monsieur Philippe JESTAZ et maintes fois reprises par la suite ? Pourtant, il est fondamental de parvenir à trouver la sanction la plus pertinente à associer à la norme juridique, le châtement doit en effet être construit en cohérence avec le manquement réprimé, afin d'avoir une législation admise par le plus grand nombre dans le cadre du contrat social, développé par HOBBS et Jean-Jacques ROUSSEAU¹³. Il est fondamental que les citoyens, qui renoncent à faire justice eux-mêmes en remettant dans les mains des autorités leur pouvoir de sanction¹⁴, comprennent les normes et trouvent une logique dans les sanctions fulminées. En outre, il faut qu'un réel équilibre se fasse entre l'incrimination et la sanction qui lui est associée, puisque « chacun sait qu'une sanction dont la rigueur des conditions empêche le prononcé perd en efficacité »¹⁵.

La sanction, évoquée dans son terme générique, ne doit pas tromper. Si pour Monsieur Charles-André MORAND, la sanction serait « *une expression commode permettant de regrouper dans les manuels*

⁸ A. Gadot, *La prison comme sanction pénale : recherche sur le droit de la prison et le droit en prison en France*, dir. St. Tzitzis, thèse, Paris 2, 2005 ; C. Tzutzuiano. *L'effectivité de la sanction pénale*, thèse, Université de Toulon, 2015 ; A. Khaneboubi, *Les sanctions en droit pénal économique : étude de droit français et aperçus de droit comparé*, thèse, Poitiers, 1986.

⁹ M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013

¹⁰ T. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 484, 2007 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 419, 2007 ; A. Dadoun, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 529, 2011 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 223, 1992 ;

¹¹ M. Henry-Gaston-Joseph Loubers, *Dommages et intérêts résultant de l'inexécution des obligations conventionnelles*, Thèse, Hachette livre, 1864 (éd. 2018) ; Fr. S. Giaoui, *Indemnisation du préjudice économique en cas d'inexécution contractuelle : étude comparative en common law américaine, droit civil français et droit commercial international : application aux avant-contrats, atteintes à la réputation commerciale et activités sans base établie*, Thèse, Paris I, 2018. R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, dir. D. Fasquelle, thèse, Littoral, 2006.

¹² Ch.-A. Morand, « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 293 et s. ; J. Rivero, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Lavoisier, 2000 ; J.-H. Robert, *Les sanctions prétoriennes en droit privé français*, th. Paris II, 1972 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, préf. F. Chabas, LGDJ, 2005 ; B. Mallet-Bricout (dir.), *La sanction*, colloque du 27 novembre 2003, Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, 2007 ; « Les sanctions », *Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2005 ; C. Mascala (dir.), *À propos de la sanction*, PUSS, Toulouse, 2007, Cécile Chainais et Dominique Fenouillet (dir.) *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012 ; Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La Documentation française, coll. Droits et débats, 2015.

¹³ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 2011 (1762) ; Th. Hobbes, *Le Léviathan*, Folio, 2000 (1651), J. Locke, *Second Traité du Gouvernement civil*, PUF, 1994 (1690).

¹⁴ En matière civile, ce pouvoir de sanction peut parfois être retenu entre les mains des contractants : v. *infra*, chap.1, n°36 et s.

¹⁵ M. Caffin-Moi, *Cession de droits sociaux et droits des contrats*, préf. D. Bureau, thèse, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2009, n°33, p. 33.

élémentaires divers effets de droit»¹⁶, elle est en effet une notion générique qui regroupe des conséquences si différentes dans leur variété et leur degré que les rassembler sous un même terme générique peut parfois paraître artificiel. Sans aller jusqu'à la pensée extrême de Monsieur Charles-André MORAND, qui considère qu'il s'agit « *d'un terme trompeur qui se révèle à l'analyse peu opératoire et qu'il vaudrait mieux éviter dans le cadre d'une taxinomie à prétention scientifique* »¹⁷, voire « *nocif* »¹⁸, il faut être conscient de la grande variété des sanctions qui existent, particulièrement dans le cadre de la relation contractuelle.

3. Le renouvellement de la sanction. Le « *renouvellement* » appelle selon les définitions soit une reconduction, soit un changement, la création d'un état nouveau, selon les dictionnaires LAROUSSE et ROBERT¹⁹. En droit, que doit-on considérer comme un renouvellement ? Doit-il s'agir du prolongement des sanctions déjà existantes en matière contractuelle ou au contraire d'une remise à plat du système sanctionnateur en créant de nouvelles sanctions ? En définitive, les deux acceptions doivent être retenues dans le domaine qui nous intéresse, à savoir le droit économique contractuel. Non seulement, on renouvelle la confiance que l'on avait dans les sanctions déjà existantes, aucune ne disparaissant, mais, de plus, de nouvelles sanctions rejoignent le système afin de compléter et d'étayer l'offre sanctionnatrice offerte pour régler les manquements dans ce domaine.

4. « Une mosaïque de sanctions »²⁰. « *Ne faut-il que des sanctions ? Faut-il envisager des sanctions différentes selon les contrats ? Faut-il des sanctions différentes selon l'origine européenne ?* » Ces interrogations soulevées par Monsieur François COLLART-DUTILLEUL²¹, à l'occasion d'un colloque sur *Le renouveau des sanctions contractuelles* qui s'était tenu à Rennes le 30 septembre 2005, traduisent bien les questionnements qu'il est possible d'avoir à propos de la sanction dans le cadre du contrat en général, et pas seulement la sanction civile, comme c'était le cas dans le cadre de cette journée d'étude. D'ailleurs, Monsieur Cédric COULON, présentant ce colloque, affirmait quant à lui

¹⁶ C.-A. Morand, « Sanction », *Arch. Phil. Dr.*, n°35, 1990, p.310.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ *Ibid.*

¹⁹ *Dictionnaire Le Robert*, v° « renouvellement », <https://dictionnaire.lerobert.com/definition/renouvellement> ; *Dictionnaire Larousse*, v° « renouvellement », <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais/renouvellement/68236>.

²⁰ N. Blanc, « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : clair-obscur dans le droit des sanctions », in C. Chainais et D. Fenouillet, *Les sanctions en droit contemporain. (...), op. cit.*, p.299 et s., sp. n°47.

²¹ Fr. Collart-Dutilleul, « Propos conclusifs », in Fr. Collart-Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p.147.

que « *c'est sous le terme générique de sanction contractuelle que sont communément désignées toutes les clauses et actions dont l'exercice vise à rétablir les contractants dans leurs droits. Celles-ci, à vrai dire, ne manquent pas, les juristes, théoriciens comme praticiens, n'ayant cessé de s'ingénier à en proposer de nouvelles, le plus souvent en déclinant simplement les modèles fournis par le Code civil en d'autres sanctions, jugées plus efficaces, ou, en tout cas, plus adaptées aux relations économiques et sociales du monde moderne* »²².

Cette diversité de la sanction se retrouve au sein du droit des contrats. Si, pendant longtemps, les sanctions civiles ont prédominé, la sanction pénale a su progressivement s'y faire une place. De manière plus impromptue, la sanction administrative est également venue régir le droit spécial des contrats plus récemment. La question se pose alors de savoir pourquoi le législateur a estimé nécessaire de diversifier les sanctions régissant le contrat, privilégiant les sanctions non civiles.

5. La sanction civile, sanction naturelle de la relation contractuelle. Les sanctions civiles sont assez vastes en droit contractuel. Il faut d'abord faire le départ entre les sanctions de la formation du contrat et celles de l'inexécution du contrat. Dans les premières, si l'on retrouve classiquement la nullité et la responsabilité délictuelle, d'autres sanctions sont venues peu à peu les rejoindre, comme la caducité mais plus encore le réputé non écrit, qui permet la survie du contrat. Pour ce qui concerne les secondes, l'article 1217 nouveau du Code civil²³ les détaille. Il s'agit de l'exception d'inexécution, l'exécution forcée de l'obligation, la réduction de prix, la résolution du contrat et la réparation des conséquences de l'inexécution. S'ajoutent, en outre, les dommages et intérêts, lesquels peuvent toujours s'ajouter aux autres sanctions, selon l'alinéa 2 du même article. Monsieur Christophe JAMIN précise alors à leur propos : « *voici donc pour l'énigme des sanctions contractuelles : il y aurait les sanctions des conditions de validité du contrat et les sanctions de son inexécution* »²⁴. A travers ces lignes, apparaît bien la filiation entre le contrat et les sanctions civiles. La sanction du contrat est d'abord civile, puisque le contrat est un outil civil. Cependant,

²² C. Coulon, « Avant-Propos », in *in* Fr. Collart-Dutilleul et C. Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, p.1.

²³ C civ, art. 1217, issu de la rédaction de l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations.

²⁴ Ch. Jamin, « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, p.147.

à côté de ces sanctions naturelles du contrat sont venues s'ajouter des sanctions d'autres natures, afin de protéger tantôt le contrat, tantôt le contractant.

6. La sanction pénale, la sanction répressive par nature. La sanction pénale constitue la sanction la plus connue et la plus symbolique de notre système sanctionnateur. Elle apparaît même comme « *l'arme répressive naturelle* », selon Monsieur Jean-Marc SAUVÉ²⁵. ROMIEU disait à son égard que « *le mode d'exécution habituel et normal des actes de la puissance publique est la sanction pénale confiée à la juridiction répressive* »²⁶. La sanction pénale doit donc être celle qui se traduit par une plus grande répression. D'ailleurs, la peine de privation de liberté reste la peine la plus symbolique et la plus crainte dans notre système judiciaire français, du moins depuis l'abolition de la peine de mort en 1981, à l'initiative de Monsieur Robert BADINTER. Si la sanction pénale est diverse, allant de l'emprisonnement à l'amende, en passant par la publicité du jugement, les confiscations, les travaux d'intérêt général, stage de citoyenneté, suivi de soins, etc., elles ont toutes en commun d'être prononcées par un juge pénal (ou plusieurs en cas de collégialité). Il s'agit donc bien de magistrats de l'ordre judiciaire qui vont prononcer des sanctions pénales à l'encontre des délinquants reconnus coupables d'infractions. Ces sanctions pénales, on le verra par la suite²⁷, ont pris de l'ampleur en matière civile. Toutefois, si le droit économique a pu osciller entre pénalisation et volonté de dépenalisation²⁸, il n'en reste pas moins que ce sont des juges de droit privé qui auront à se pencher sur des manquements commis à l'occasion de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat.

La sanction pénale a plusieurs finalités, qui diffèrent selon les auteurs et les tendances plus ou moins progressistes en la matière. Si les fonctions de rétribution, d'intimidation et d'amendement ne sont pas soumises à trop de discussions, les fonctions de resocialisation, de réparation de la peine ont fait l'objet de plus de débats, développées notamment par Marc ANCEL dans *La défense sociale nouvelle*²⁹. On observe une vraie construction de la sanction pénale. Son importance et sa gravité ont conduit les auteurs et le législateur à y accorder de nombreux écrits, s'interrogeant sur son rôle, sa finalité, ses conséquences sur la société et sur l'auteur condamné, ainsi que sur la victime. La sanction pénale s'avère donc la sanction répressive

²⁵ J.-M. Sauvé, « Séance d'ouverture », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, coll. Droits et débats, 2015, p.23.

²⁶ TC, 2 déc. 1902, *Société immobilière de Saint-Just*, Rec. p.713 avec les conclusions Romieu, in J.-M. Sauvé, « Séance d'ouverture », *op. cit.*, p.23.

²⁷ Cf. *infra*, n°146 et s.

²⁸ Cf. *infra*, n°18 et s.

²⁹ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981.

naturelle, laquelle a trouvé application de manière assez conséquente en droit économique contractuel ces quarante dernières années, malgré les oppositions soulevées et les tentatives de dépenalisation³⁰.

Cette confiance accordée dans la sanction pénale ne se retrouve pas forcément au regard de la sanction administrative.

7. La sanction administrative, une sanction répressive par construction. La sanction administrative est, comme son nom l'indique, prononcée par l'administration. Définie comme « *une décision unilatérale prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique et infligeant une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements* »³¹, elle peut être prononcée par des administrations différentes. Il peut s'agir de structures très diverses, comme les services de pôle emploi, la Caisse d'allocations familiales, les services des impôts ou encore des administrations territoriales ou hospitalières. La diversité des administrations est remarquable, au sens premier du terme, puisqu'il existe presque autant d'administrations que de questions de société à traiter : parmi elles, on trouve l'Office national des forêts, le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), l'Autorité de la concurrence, l'Autorité des marchés financiers (AMF), le Défenseur des droits, la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits Internet (HADOPI). La plupart de ces dernières administrations ont la particularité d'être des Autorités administratives indépendantes, lesquelles disposent d'un véritable pouvoir de sanction³². Cela leur confère une légitimité pour prononcer des sanctions et pour éviter toute confusion avec le pouvoir exécutif. D'autres administrations ne bénéficient pas de cette indépendance, et c'est notamment le cas de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (DGCCRF), service rattaché au ministère de l'Économie, des finances et de la relance. Composée de 2 940 agents³³, cette administration a pour but de « *contribuer à la conception des politiques de concurrence et de consommation* » et d' « *informer et accompagner les particuliers et les professionnels sur le droit applicable en matière de consommation, de prévention des fraudes et de respect des règles de concurrence* »³⁴. De plus, elle dispose de fonctions exécutives, dans

³⁰ Cf. *infra* n°18 et s.

³¹ J.-M. Delarue, « Actes », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p.36.

³² V. not. sur la question des AAI : Merryl Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 118, 2012.

³³ DGCCRF, *Présentation de la DGCCRF*, <https://www.economie.gouv.fr/files/2021-06/Présentation-de-la-dgccrf.pdf>, 2021.

³⁴ *Ibid.*

le sens où ses agents vont pouvoir effectuer des enquêtes et des contrôles, mais également de fonctions juridictionnelles, puisqu'elle peut donner des suites aux constatations réalisées en prononçant des mesures pédagogiques, correctives ou des sanctions répressives. Cette institution, véritable fer de lance de la protection des consommateurs et des parties en matière de concurrence, connaît donc des fonctions très élargies qui pourront nous interroger par la suite quant à leur pertinence³⁵.

La sanction administrative n'est donc définitivement pas un « *phénomène de mode* », comme avait pu l'évoquer René CHAPUS³⁶, même si elle est crainte. En effet, certains considèrent, à raison, qu'il s'agit d'un droit « *pseudo-pénal* »³⁷, qui permet le développement d'une « *justice hors du juge* »³⁸. Cette sanction administrative, qui s'est développée pour partie en France dans l'objectif de dépenalisation³⁹, n'est pas inconnue à l'étranger, l'Allemagne, l'Italie ou encore le Portugal⁴⁰ s'étant depuis plus de cinquante ans dotés de « *véritables systèmes répressifs administratifs* »⁴¹. Toutefois, ce système interroge, surtout par sa banalisation et le fait qu'il ne suscite finalement pas tant de questionnements que l'on pourrait imaginer. Cela semble normal de confier à l'administration le pouvoir de sanctionner des comportements sur lesquels ils ont pu enquêter. Une des premières explications se trouve peut-être dans l'acceptation par les principaux protagonistes de cette administrativisation de la sanction, les professionnels préférant la discrétion des bâtiments administratifs à la lumière et à la publicité souvent consécutive aux affaires pénales. Cependant, cela ne règle pas le problème de légitimité qui se pose quant à leur pouvoir de prononciation de sanctions. La question se pose d'autant plus en matière économique contractuelle, domaine du droit privé, où l'administration vient s'immiscer dans les

³⁵ Cf. *Infra*, n°185 et s.

³⁶ R. Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1993, 7^e éd., p.938. Dans la dernière édition de l'ouvrage, parue en 2001, l'auteur considèrerait toujours la sanction administrative comme « *à la mode* » (n°1354).

³⁷ M. Waline, *Traité de droit administratif*, 1963, 9^e éd., Sirey., in J. Bétaille, D. Chouki, C. Courtaigne-Deslandes, M. Deguergue, E. Langelier, et al., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p. 10.

³⁸ P. Delvolvé, « La justice hors du juge », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1984, n° 4, p. 15.

³⁹ Cf. *infra*, n°20 et s.

⁴⁰ La Grande-Bretagne, très réfractaire au fait que l'administration puisse avoir des pouvoirs de sanction, cela étant considéré comme contraire au modèle libéral et à l'attachement que cet Etat accorde à la confiance placée dans le juge pour assurer l'application de la loi, va néanmoins finir elle aussi, en parallèle avec le droit français à céder aux avantages de la dépenalisation dans certains domaines, et particulièrement depuis une trentaine d'années. Sur la question, voir J. Bétaille, D. Chouki, C. Courtaigne-Deslandes, M. Deguergue, E. Langelier, et al., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques, op. cit.*, p. 34.

⁴¹ M. Delmas-Marty, *Grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992 ; F. Moderne, *Sanctions administratives et justice constitutionnelle*, Economica, 1993, in J. Bétaille, D. Chouki, C. Courtaigne-Deslandes, M. Deguergue, E. Langelier, et al., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques, op. cit.*, p. 10.

relations contractuelles en vue de réprimer les auteurs de manquements à la législation en vigueur.

Parmi les sanctions administratives existantes, l'amende administrative constitue la référence, celle la plus envisagée par le législateur et la plus prononcée par les agents de la DGCCRF⁴². Des mesures de publicité et de confiscation existent également, ce qui montre encore une fois le rapprochement avec la sanction pénale.

II. Les raisons du renouvellement de la sanction en matière contractuelle.

8. Le renouvellement des sanctions, conséquence de l'Histoire. Le renouvellement des sanctions en matière économique contractuelle s'explique par une évolution de la matière, influencée par l'évolution de la société contemporaine, particulièrement le développement de la société de consommation. Les règles d'hier, d'un monde non industrialisé, ne peuvent trouver application de manière satisfaisante, protectrice des différents intérêts en cause, dans une société contemporaine mondialisée, une société de consommation assumée et connectée.

La lenteur de l'évolution du droit commun des contrats.

9. Le contrat, un instrument entre deux ou plusieurs parties. Le contrat est défini par le Code civil en son article 1101 comme « *un accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destiné à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations* »⁴³. Cette définition diffère légèrement de celle donnée par le Code civil avant la réforme du droit des obligations qui a eu lieu par l'Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations⁴⁴, lequel donnait dans l'ancien article 1101 la définition suivante : le contrat est « *une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire,*

⁴² En 2020, 1 400 amendes administratives ont été prononcées par la DGCCRF, pour un montant total de 16,1 millions d'euros : DGCCRF, Bilan d'activité 2020, ministère de l'Économie, des finances et de la relance, 2021.

⁴³ C. civ., art. 1101 nouveau.

⁴⁴ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Parmi les nombreux commentaires sur la réforme, v. not. : Br. Dondero (dir.), « La réforme du droit des contrats - Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E* 2016, p.1283 ; *RTD civ.* 2016, p.247, obs. Barbier ; *RTD com.* 2016, p. 451, obs. M. Chagny ; *JCP G* 2016, n°706, obs. M. Fabre-Magnan ; *AJCA* 2016, p.105, obs. J. Mestre ; *RTD civ.* 2016, p.463, obs. Bl. Mallet-Bricout ; *Gaz. Pal.* 2016, p.209, obs. D. Mazeaud ; *Gaz. Pal.*, 2016, p.109, obs. M. Mekki ; G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2016 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire article par article, LexiNexis, 2^e éd., 2018.

ou à ne pas faire quelque chose »⁴⁵. Quelle que soit la définition retenue, l'accord de volontés est une des conditions principales pour la conclusion d'un contrat. Ce dernier peut d'ailleurs prendre des formes très variées, puisqu'il peut être unilatéral ou synallagmatique, aléatoire ou commutatif, à titre gratuit ou onéreux, consensuel ou solennel, de gré à gré ou d'adhésion, à exécution instantanée ou à exécution successive, ou encore être un contrat cadre ou un contrat d'application⁴⁶. En pratique, aucune exclusion de principe n'aura lieu sur les différents contrats en cause dans l'étude, même si certains contrats seront plus souvent sollicités, particulièrement les contrats synallagmatiques à titre onéreux, souvent consensuels et d'adhésion, que l'on retrouvera particulièrement en matière consumériste. Les contrats de gré à gré ne seront pas non plus à exclure, puisque le droit commun des contrats n'est pas écarté et que ce type de contrats est également présent en matière de pratiques restrictives de concurrence.

10. Le contrat, instrument de liberté et d'autonomie de la volonté. Selon Messieurs Philippe MALAURIE, Laurent AYNES et Philippe STOFFEL-MUNCK, l'autonomie de la volonté a été perçue au XIXe siècle comme « *le pouvoir qu'a la volonté de se donner sa propre loi. Philosophiquement, l'homme aurait le libre choix de se créer sa règle et de s'y soumettre. Juridiquement, la volonté serait la source et la mesure des droits subjectifs, ce qui justifierait la liberté contractuelle, le consensualisme et l'interprétation volontariste du contrat.* »⁴⁷. La grande place laissée à la liberté contractuelle à cette époque conduit à minorer « *la place de la loi pour favoriser l'épanouissement du rôle de la volonté* »⁴⁸. Partant, l'importance conférée à la liberté contractuelle et à l'autonomie de la volonté⁴⁹, idéalisées, ne laisse que peu de place à l'immixtion de la loi, surtout pour censurer les contrats. Cela se traduit parfaitement à la lecture de l'article 1134 ancien du Code civil, lequel affirme que « *les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». On constate alors un phénomène d'émancipation du droit des contrats qui le liait à l'ordre public, aux bonnes mœurs à la bonne foi ou à l'équilibre, lesquels « *s'opposent à son plein épanouissement* »⁵⁰, comme le soulignent Mesdames Emmanuelle CHEVREAU, Claire BOUGLÉ et Monsieur Yves

⁴⁵ C. civ., art. 1101 ancien.

⁴⁶ C. civ., art. 1106 à 1111-1 nouveaux.

⁴⁷ Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Droit des obligations*, LGDJ, Lextenso, coll. « Droit civil », 11e éd., 2020, n°748-750, p.364.

⁴⁸ E. Chevreau, Cl. Bouglé, Y. Mausen, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2e éd., coll. Objectif droit cours, 2011, p. 233.

⁴⁹ Parmi les auteurs ayant traité de la théorie de l'autonomie de la volonté : Gounod, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé français*, th. Dijon, 1912 ; R. Tison, *Le principe de l'autonomie de la volonté dans l'Ancien droit français*, th. Paris, 1931, V. Ranouil, *L'autonomie de la volonté*, PUF, 1980, préf. J.-Ph. Lévy.

⁵⁰ E. Chevreau, Cl. Bouglé, Y. Mausen, *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2e éd., coll. Objectif droit cours, 2011, p. 233.

MAUNSEN, devenant alors « une notion cardinale, à la frontière du droit et de l'économie », « la dimension économique [absorbant] en partie le discours philosophique sur l'évolution du droit des contrats, empruntant d'abord la voie du volontarisme »⁵¹. Ces théories, qui trouvent toute leur force au XIXe siècle, tendent néanmoins à être relativisées quelque peu au XXe siècle, notamment sous l'impulsion de Demogue et Saleilles, qui vont contribuer à créer la théorie du solidarisme contractuel ou « *théorie sociale du contrat* » selon Monsieur Christophe JAMIN⁵², qui tend à ramener un peu d'équité au sein de la relation contractuelle.

A l'aune de ces théories qui se sont développées, les avancées législatives auraient pu être prometteuses, afin de tenir compte des évolutions sociétales et doctrinales. Malheureusement, le législateur français s'est montré très attentiste en matière de droit commun des contrats jusqu'à une période récente. Au contraire, l'influence de la jurisprudence fut fondamentale en la matière, en ce qu'elle permit de faire évoluer de façon sensible les relations contractuelles. La Cour de cassation, au travers de ses décisions, a notamment conduit à la reconnaissance de la caducité⁵³, sanction du contrat, mais également à celle de la révision pour imprévision, avec les fameux arrêts HUARD⁵⁴ et CHEVASSUS-MARCHE⁵⁵, lesquels permirent la renégociation des

⁵¹ *Ibid.*

⁵² Ch. Jamin, « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s. Voir aussi sur le solidarisme contractuel : D. Mazeaud, « Loyauté, solidarité fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Études Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999 ; J. Cedras, « Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport 2003 Cour de cassation*, La Documentation française, 2004 ; Ph. Rémy, « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, mai 2003, p. 3 et s.

⁵³ La caducité, absente du Code civil de 1804 avait déjà été reconnue par la jurisprudence, notamment dans le cadre de la disparition d'un élément essentiel du contrat, de la cause (par exemple : Cass. civ. 1^{re}, 30 oct. 2008, n°07-17.646, *D.* 2009, chron. 753, obs. Creton ; *JCP* 2009, II, 10000, note D. Houtcief) ou de la disparition d'un contrat lié à un autre (Cass. com., 13 févr. 2007, n°05-17.407, *D.* 2007, *AJ* 654, obs. X. Delpéch ; *ibid.*, Pan. 2975, obs. B. Fauvarque-Cosson). Partant, les avant-projets de réforme l'avaient également pris en considération (Avant-projet Catala, art. 1131, art. 1172 à 1172-3 ; avant-projet Terré, dans sa partie relative au contrat, art. 89). Désormais, le Code civil consacre cette nouvelle sanction, qui fait la jonction entre la formation et l'exécution du contrat, à l'article 1186 nouveau du Code civil, qui dispose que « un contrat valablement formé devient caduc si l'un de ses éléments essentiels disparaît ».

Lorsque l'exécution de plusieurs contrats est nécessaire à la réalisation d'une même opération et que l'un d'eux disparaît, sont caducs les contrats dont l'exécution est rendue impossible par cette disparition et ceux pour lesquels l'exécution du contrat disparu était une condition déterminante du consentement d'une partie.

La caducité n'intervient toutefois que si le contractant contre lequel elle est invoquée connaissait l'existence de l'opération d'ensemble lorsqu'il a donné son consentement. ».

⁵⁴ Cass. com., 3 nov. 1992, *Huard*, n° 90-18.547 : *JurisData* n° 1992-002431 ; *Bull. civ. IV*, n° 338 ; *JCP G* 1993, II, 22164, note G.-J. Virassamy ; *RTD civ.* 1993, p. 124, n° 7, obs. J. Mestre ; *Deffrénois* 1993. 1377, obs. J.-L. Aubert : Le juge peut imposer aux parties de renégocier le contrat, même en l'absence d'une clause de *hardship*, dans un contrat de dépendance à exécution successive, au nom du principe de bonne foi.

⁵⁵ Cass. com., 24 nov. 1998, *Chevassus-Marche*, n°96-18.357 : *Bull. civ. IV*, n° 277 ; *Deffrénois* 1999. 371, obs. D. Mazeaud ; *JCP G* 1999. I. 143, n° 6, obs. Ch. Jamin ; *RTD civ.* 1999, p. 98, obs. J. Mestre ; *ibid.*, p. 646, obs. P.-Y. Gautier, *JCP G* 1999, II, 10210, note Y. Picod. Dans le même sens, v. également : Cass. civ. 3^e, 10 déc. 2003, n° 02-14.990, *AJDI* 2004. 127, note Cohet-Cordey ; Cass. com. 18 sept. 2012, n° 11-21.790 ; Cass. com. 7 janv. 2014, n° 12-17.154 ; Cass. com. 17 févr. 2015, n° 13-20.230, *RDC* 2015. 458, obs. Y.-M. Laithier.

contrats en cas de survenance de contrats devenus déséquilibrés. Parmi les arrêts majeurs, qui ont permis de rétablir un certain équilibre dans la relation contractuelle, il est impossible de ne pas citer les arrêts CHRONOPOST⁵⁶ et FAURECIA⁵⁷, restreignant la validité des clauses limitatives de responsabilité lorsqu'elles portent sur une obligation essentielle du contrat. Le droit contractuel contemporain ne s'est donc pas montré insensible à la nécessité de rétablir un équilibre dans la relation contractuelle.

Cependant, l'évolution législative que tous les juristes appelaient de leurs vœux se faisait désespérément attendre. Il faut attendre le début du XXI^e pour voir les premiers projets de réformes apparaître. Les deux principaux textes doctrinaux sont *l'Avant-projet de réforme du droit des obligations*, dit « *Rapport Catala* » ou « *Avant-projet Catala* », présenté au Garde des Sceaux le 22 septembre 2005⁵⁸, et les propositions du groupe de travail réuni par Monsieur François TERRÉ, publié sous l'égide de l'Académie des sciences morales et politiques, appelé « *projet TERRÉ* » ou parfois « *Avant-projet* »⁵⁹. Si le second se montrait plus en rupture avec le droit tel qu'il était appliqué à l'époque, ils inspirèrent le Gouvernement, qui créa lui aussi des projets de réforme en droit des contrats, dont le premier remonte à 2008 ; suivi d'une deuxième mouture en 2009, non publiée officiellement mais qui a circulé dans les milieux universitaires.

En parallèle, le droit européen a également tenté de se doter d'une législation plus harmonieuse en droit des contrats. Deux projets majeurs ont vu le jour. Le premier a été créé à l'initiative de l'Académie des privatistes européens, à l'issue d'un colloque qui s'était tenu en octobre 1990 à Pavie : un premier « *Code européen des contrats. Avant-projet* »⁶⁰ a alors vu le jour, comportant des règles générales du droit des contrats. Le deuxième, plus unioniste, fut l'initiative de la Commission sur le droit européen du contrat, groupe formé d'universitaires d'États membres :

⁵⁶ Cass. com., 22 oct. 1996, n° 93-18.632, *S^{te} Banchereau c/ S^{te} Chronopost*, D. 1997. 121, note A. Sériaux ; *ibid.* 145, chron. C. Larroumet ; *ibid.* 175, obs. P. Delebecque ; *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. Mestre ; *ibid.* 1998. 213, obs. N. Molfessis ; *RTD com.* 1997. 319, obs. B. Bouloc. Cet arrêt vient limiter l'impact des clauses limitatives de responsabilité lorsqu'elles contredisent la portée de l'engagement pris et qu'il y a un manquement à l'obligation essentielle du contrat. Le contrat étant privé de sa cause, la clause limitative de responsabilité doit être réputée non écrite. Solution confirmée par la cour d'appel de renvoi, : Caen, 5 janv. 1999, *S^{te} Chronopost c/ S^{te} Banchereau*, inédit.

⁵⁷ Cass. com., 29 juin 2010, n° 09-11.841, *Faurecia c/ Oracle*, D. 2010. 1832, obs. X. Delpach, note D. Mazeaud ; *ibid.* 1697, édito. F. Rome ; *ibid.* 2011. 35, obs. P. Brun et O. Gout ; *ibid.* 472, obs. S. Amrani Mekki et B. Fauvarque-Cosson ; *RTD civ.* 2010, p.555, obs. B. Fages ; *Comm. com. électr.* 2010, comm. 99, obs. Ph. Stoffel-Munck : « seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur ».

⁵⁸ Ph. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006.

⁵⁹ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

⁶⁰ Gandolfi (dir.), *Code européen des contrats. Avant-projet*, Académie des privatistes européens, éd. Giuffrè, 2^e éd., 2004.

il s'agit des *Principes du droit européen des contrats (PEDC)*, appelés également « *Principes Lando* »⁶¹, du nom du Professeur Olé LANDO, responsable du projet. Cela a inspiré la création d'une commission « Von Bar », de Monsieur Christian VON BAR, un Professeur qui a dirigé la rédaction d'un projet de Code civil européen. L'Association Henri CAPITANT et la Société de législation comparée ont également été sollicitées pour créer une « *terminologie commune* » et des « *principes contractuels communs* », coordonnés par Monsieur Denis MAZEAUD et Madame Béatrice FAUVARQUE-COSSON⁶². Toutes ces démarches européennes ont conduit à la volonté par le Parlement européen en 2009 de la création d'un *Cadre commun de référence (CCR)* en droit européen des contrats, ce qui prend tout son sens au regard de l'internationalisation des relations économiques. Toutefois, cela ne s'est jamais concrétisé. Si, au contraire, le droit spécial des contrats continue de se développer d'un point de vue européen, le droit commun des contrats reste délaissé actuellement.

Faisant face à tous ces projets divers de réforme du droit des obligations et parfois simplement de réforme du droit des contrats, aucune concrétisation législative ne se faisait jour. Ce n'est qu'après un énième projet gouvernemental de la Chancellerie, rendu public en octobre 2013, que l'impulsion définitive fut donnée pour réformer le droit des contrats, qui se doit d'être plus accessible. Sans tout réformer, l'objectif était en partie de moderniser le Code tout en intégrant l'apport des solutions jurisprudentielles, tout en réalisant une synthèse des différents projets déjà présentés⁶³. Une loi du 16 février 2015, relative à la modernisation du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures⁶⁴, a autorisé le Gouvernement à légiférer par voie d'ordonnance dans ce domaine relevant normalement de l'article 34 de la Constitution. L'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations marque la concrétisation de nombreuses années de débats et projets sur l'évolution du droit des obligations⁶⁵. Rendue nécessaire par les évolutions

⁶¹ G. Rouhette (dir.), *Principes du droit européen des contrats*, publication en français, Société de législation comparée, 2003.

⁶² *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune* (vol.6) et *Principes contractuels communs* (vol. 7), Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, éd. CPI.

⁶³ V. Y. Buffelan-Lanaure, V. Larribau-Terneyre, *Droit civil – Les obligations*, Sirey, Université, 17^e éd., 2020-2021, p. 21, n°55 ; Th. Genicon, « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p.1551.

⁶⁴ Loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative à la modernisation du droit et des procédures dans le domaine de la justice et des affaires intérieures.

⁶⁵ M. Mignot, « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I) », *LPA* 2016, n°41, p.8 ; M. Mekki, « L'ordonnance n°2016-1341 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des

sociétales, les évolutions législatives étrangères, notamment pour continuer de rendre compétitif le droit français à l'international, cette réforme a néanmoins été pour une grande partie effectuée à droit constant, permettant de codifier des évolutions jurisprudentielles⁶⁶. Elle a par la suite fait l'objet d'une loi de ratification adoptée en avril 2018⁶⁷.

La question de la prise en considération des déséquilibres pouvant exister au sein de la relation contractuelle dans la réforme du droit des obligations de 2016 a interrogé : alors qu'il était considéré comme un objectif principal pour le Garde des Sceaux en 2015 dans le rapport de présentation de la réforme, il n'apparaît plus que comme une conséquence de l'objectif de sécurité juridique prévue par les dispositions législatives retenues dans le texte définitif⁶⁸. Certains textes de la réforme concernent toutefois de manière particulière les contractants en situation de faiblesse. C'est notamment, bien évidemment le cas de l'article 1171 du Code civil, qui vient enfin consacrer la sanction des clauses abusives en droit commun des contrats, l'influence du droit spécial des contrats ayant été indiscutable ici⁶⁹. En outre, s'inspirant une nouvelle fois du droit de la consommation, le devoir d'information généralisé prévu à l'article 1112-1 du Code civil vient offrir de vraies garanties au contractant profane en la matière⁷⁰. Le

obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *D.* 2016, p.608 ; J. Mestre, *La réforme du droit des contrats*, conférence à l'Université Rennes 1, Faculté de Droit, 16 juin 2016.

⁶⁶ Parmi les éléments de codification à droit constant, on retrouve l'introduction dans le Code civil des négociations précontractuelles dans le Code civil, notamment l'introduction de la bonne foi (C. civ., article 1112), la reprise de la jurisprudence MANOUKIAN (Cass. com., 26 novembre 2003, *D.* 2004, p.869, note A.-S. Dupré-Allemagne ; *JCP* 2004, I, p.163, n°18, obs. G. Viney ; *JCP E* 2004, p.738, note Ph. Stoffel-Munck ; *RDC* 2004, p. 257, obs. D. Mazeaud ; *RTD civ.* 2004, p.80, obs. J. Mestre et B. Fages : dans le cadre des négociations précontractuelles, lorsqu'une faute est commise dans l'exercice du droit de rupture unilatérale des pourparlers précontractuels, elle ne peut pas être considérée comme la cause du préjudice consistant dans la perte d'une chance de réaliser les gains que permet d'espérer la conclusion du contrat ». L'ordonnance de 2016 a aussi permis de retenir la réception comme point de départ de la formation du contrat, de valider la jurisprudence relative au pacte de préférence (Cass. ch. Mixte, 26 mai 2006, *D.* 2006, p.1861, notes P.-Y. Gautier et D. Mainguy, *Contrats conc. consom.* 2006, n°153, note Leveneur ; *JCP* 2006, I, p.176, n°1, obs. F. Laberthe, *RDC* 2006, p.1080, obs. D. Mazeaud, et p.1131, obs. Fr. Collart-Dutilleul).

⁶⁷ Cette ordonnance a fait l'objet d'une loi de ratification : Loi n°2018-287 de ratification de l'ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Sur cette loi ratificative, v. not. : Fr. Chénéde, « L'achèvement de la réforme du droit des contrats et des obligations : la ratification et la modification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Famille* 2018, p.258 ; Fr. Auque, « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : impact sur les baux commerciaux », *AJDI* 2018, p.497 ; M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900 ; L. Leveneur, « Contrats – Loi de ratification de l'ordonnance de la réforme du droit des contrats et des obligations ; des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », *Contrats, conc. consom.*, 2018, étude n°1 ;

⁶⁸ Sur cette question, v. G. Chantepie et M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, 2016, p. 29, n°36.

⁶⁹ V. sur l'influence du droit spécial des contrats sur le droit commun : Ch. Goldie-Génicon, Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009.

⁷⁰ Cependant, cette obligation générale d'information est vite rentrée en conflit avec l'article 1137 du Code civil relatif à la réticence dolosive. C'est pourquoi, pour répondre aux nombreuses interrogations soulevées, un nouvel alinéa a été ajouté à ce dernier article : « Néanmoins, ne constitue pas un dol le fait pour une partie de ne pas révéler à son cocontractant son estimation de valeur ». Par conséquent, lorsque l'information pour sur la valeur de la

contrat de consommation marque encore de son empreinte le droit commun des contrats en distinguant le contrat de gré à gré du contrat d'adhésion à l'article 1110 du Code civil, contrat communément employé en droit spécial. Le législateur reconnaît enfin que dans le cadre de ce type de contrats, il faudra être plus vigilant dans la protection du contractant faible, prenant acte « d'une inégalité structurelle dans les rapports contractuels »⁷¹. Enfin, la protection de l'intégrité du consentement n'est pas oubliée, avec la consécration de l'abus de l'état de dépendance d'une personne lorsque le contractant en tire un avantage manifestement excessif, prévue à l'article 1143 du Code civil.

La survenue de ces dispositions législatives protectrices est certes louable pour défendre les intérêts des parties plus faibles au contrat, mais elle appelle deux constats : d'une part, il n'est pas certain que ces dispositions à elles seules permettront de garantir une réelle protection des contractants, s'il n'existe pas de modalités particulières pour les mettre en œuvre ; d'autre part, elles arrivent si tardivement que les autres branches du droit ont dû intervenir depuis longtemps pour sanctionner de manière plus efficace les manquements contractuels, notamment par l'intermédiaire du droit spécial des contrats, qui a mis en place des sanctions répressives.

La prise en charge par le droit spécial des déséquilibres contractuels.

11. Une protection timide par le droit commun des contractants victimes de certains comportements. Le législateur français prônant l'autonomie de la volonté et l'égalité entre les parties, il se devait d'intervenir le moins possible dans les relations contractuelles. Toutefois, un élément ne devait pas être supporté et donc sanctionné : le mensonge. Ainsi en est-il des vices cachés, contre lesquels le Code civil de 1804 prévoyait déjà des règles protectrices en ses articles 1641 à 1648⁷², qui furent intégrés par la suite au Code de la consommation jusqu'en 2005. Le mensonge en matière contractuelle fut encore sanctionné en 1905, à travers la loi du 1^{er} août

prestation, la nullité pour réticence ne peut être retenue, cette solution permettant de ne pas remettre en cause la solution de l'arrêt Baldus (Cass. civ. 1^{re}, 3 mai 2000, n°98-11.381, Ch. Jamin, « La réticence dolosive, l'obligation d'information et la bonne foi dans la formation du contrat », *JCP G* 2001, II, 10510 ; *Deffrénois* 2000, p. 1110, obs. D. Mazeaud et p. 1114, obs. Ph. Delebecque ; O. Tournafond, « Les difficultés d'appréciation du dol émanant de l'acheteur », *D.* 2002, p.928) et l'article 1112-1 nouveau du Code civil (sur cette question, v. not. M. Mekki, « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme dans la réforme ? », *op. cit.*

⁷¹ G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 30, n°36.

⁷² Ancienne rédaction.

1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, premier texte important à prévoir une sanction pénale en cas de commission d'un manquement en matière civile. Cette loi, plusieurs fois modifiée depuis⁷³ et intégrée dorénavant au Code de la consommation aux articles L. 454-1 et suivants, visait la prévention des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications de denrées alimentaires et agricoles et avait pour objectif premier de protéger les professionnels intègres et loyaux, comme l'affirment Madame Nathalie PICOD et Monsieur Yves PICOD⁷⁴. Par la suite, la vision de ce texte s'est peu à peu modifiée pour se transformer en texte fédérateur de la protection des intérêts des consommateurs, avant la mise en place du Code de la consommation en 1993⁷⁵.

12. L'explosion de la société de consommation, accélérateur des sanctions non civiles.

Le droit des contrats s'est développé très progressivement, ne se spécialisant qu'à l'occasion de certains litiges qui commençaient à émerger, comme le droit du travail dès la fin du XIX^{ème} siècle. Avec le développement de l'industrialisation, les salariés se sont retrouvés dans une situation d'infériorité très importante par rapport à leurs employeurs. Il a donc fallu mettre en place un régime protecteur, régime tellement spécifique qu'il convient de l'exclure du champ de notre étude⁷⁶, le droit du travail ne faisant en outre pas partie des matières pour lesquelles une sanction administrative peut être prononcée par la DGCCRF⁷⁷. Ce n'est qu'au sortir de la Seconde Guerre mondiale que la société de consommation va commencer à prendre de l'ampleur en France et dans le reste de l'Europe, plus particulièrement à partir des années 1960. La création de grandes enseignes, le développement de la publicité, le développement du crédit, des produits de plus en plus complexes, des services pas toujours bien définis, tous ces éléments tendent à perdre le consommateur qui perd sa qualité de contractant intervenant de manière égale avec son cocontractant⁷⁸. D'ailleurs, la plupart des contrats ne sont pas écrits et le

⁷³ Parmi toutes les lois modificatives : Loi n°78-23 1978-01-10 art. 7 ; Loi n°85-835 du 7 août 1985, Loi n°88-1202 du 30 décembre 1988 ; Loi n°93-949 du 26 juillet 1993 ; Loi du 13 décembre 2019 (abrogation).

⁷⁴ Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, Université, 5^e éd., 2021, p. 227, n°272.

⁷⁵ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992, article 12.

⁷⁶ Sur le droit pénal en droit du travail, v. not. H. Bonnard, *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale, du fait d'autrui*, préf. G. Levasseur, PUF, 1978 ; Commission de réforme du droit du Canada, *Droit pénal. La notion de blâme. La responsabilité stricte*, Document de travail n°2, 1974 ; S. Revels, *Faute pénale et rupture du contrat de travail*, thèse, Caen, 2009 ; A. Supiot, *Le juge et le droit du travail*, thèse, Bordeaux, 1979 ; M. Dumont (coord.), *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Larcier, 1997.

⁷⁷ Malgré ses liens en pratique avec la DREETS, acronyme de la Direction régionale de l'économie, de l'emploi, du travail et des solidarités, qui regroupe les services de la DGCCRF.

⁷⁸ D. Roux, et L. Nabec, (coord.), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, éd. EMS management et société, coll. Versus, 2016, p.25 et s.

consommateur ne sait pas ce qu'il contient ; c'est le développement du contrat d'adhésion, qui accentue le déséquilibre entre les parties.

13. Une réglementation indispensable. Pour faire face à cette explosion du « consumérisme », notion que l'on doit à Monsieur Ralph NADER, professeur d'université spécialiste du droit de la consommation aux Etats-Unis⁷⁹. Le législateur s'est doté progressivement d'un droit protecteur.

Le législateur s'est alors emparé de différents thèmes, comme le démarchage et la vente à domicile dès 1972⁸⁰, la publicité trompeuse en 1973⁸¹, le crédit immobilier, la sécurité des consommateurs, la vente à distance, le surendettement ... Les lois n°78-22 et 78-23 du 10 janvier 1978 (dites Lois Scrivener), respectivement relatives au crédit à la consommation et aux clauses abusives, auront un impact considérable et se développeront au fur et à mesure des nouveaux litiges. L'édification du Code de la consommation au début des années 1990 va permettre de recenser dans un même ouvrage beaucoup de ces textes. Cependant, aucune mise en cohérence d'ensemble ne sera effectuée au sein de ce Code, ce qui lui donnera un aspect fourre-tout plutôt qu'un ouvrage avec une vue d'ensemble. Les sanctions pénales ont continué à croître au fur et à mesure, notamment en matière de pratiques commerciales trompeuses⁸² ou de ventes à la boule de neige⁸³.

En parallèle, le législateur se rend compte que certains contractants ne peuvent pas prétendre aux règles relatives à la protection des consommateurs, précisément parce qu'ils ne sont pas considérés comme tels. La définition du consommateur a été proposée par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation (dite Loi HAMON) qui déclarait ainsi que le consommateur est « *toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale* ». Cette définition, sujette à controverses à cause de son

⁷⁹ V. not. J. Calais-Auloy, H. Temple, M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis, 10^e éd., 2020, p.3, n°1.

⁸⁰ L. n°72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile.

⁸¹ L. n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite « Loi Royer » : elle a défini la publicité trompeuse comme une publicité fautive ou de nature à induire en erreur. Cette loi vient encadrer le « mensonge publicitaire », pénalement réprimé pour la première fois par une loi de finances du 2 juillet 1963.

⁸² V. not. sur les pratiques commerciales trompeuses : D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation, Droit interne et européen*, Dalloz, Dalloz action, 2020, p. 259 et s., n°124.00 et s.

⁸³ La vente à la boule de neige, interdite depuis une loi du 5 novembre 1953, se trouve désormais à l'article L.121-15 du Code de la consommation et peut être définie comme une opération qui « consiste à offrir un avantage à l'un des adhérents à condition qu'il place un produit auprès de plusieurs adhérents qui deviendront clients du fournisseur initial et qui à leurs tours s'ils veulent profiter d'avantages devront recruter de nouveaux adhérents », comme le définit Monsieur Stéphane Piédelièvre (S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, 3^e éd., 2020, p. 210, n°171).

aspect restrictif⁸⁴, la loi n°2017-203 du 21 février 2017, ratifiant l'ordonnance du 14 mars 2016, a étendu la définition. Désormais, « pour l'application du présent code, on entend par consommateur : « toute personne qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale, libérale ou agricole ». A priori, cette définition semble encore plus restrictive, car elle rajoute l'activité agricole, se mettant en accord avec une décision de la Cour de cassation du 2 juillet 2014⁸⁵. Toutefois, le même article dispose par la suite que le non-professionnel est « toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ». On observe donc une extension bienvenue de l'applicabilité des règles consuméristes aux non-professionnels, le droit français se mettant ainsi en conformité avec les directives européennes donnant les définitions de ces notions⁸⁶.

Cependant, cette définition reste encore trop restrictive et tous les professionnels sont exclus de cette protection dès lors qu'ils contractent dans le cadre de leur activité professionnelle. C'est pourquoi ont été mises en place des règles protectrices contre les pratiques restrictives de concurrence⁸⁷. Ces règles ont notamment eu pour objectif de restreindre les déséquilibres qui pouvaient exister entre contractants professionnels avec des forces économiques différentes. On y retrouve des dispositions relatives à l'obligation d'information, la communication des

⁸⁴ De nombreux débats ont émaillé au cours des années la notion de consommateur, la protection des contractants étant plus ou moins élargie selon la définition retenue. La Directive n°93/13/CEE du 5 avril 1993 considérait en son article 2 b) que le consommateur est « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle », la jurisprudence européenne réaffirmant le fait que le consommateur ne pouvait être qu'une personne physique dans un arrêt de la Cour de Justice des communautés européennes de 2001 (CJCE, 22 nov. 2001, D., 2002 90, obs. Rondey). En droit interne, la définition fut plus fluctuante. Après avoir retenu une définition restrictive du consommateur dans un arrêt du 5 avril 1985, la Cour de cassation a choisi une acception plus extensive dans un arrêt de la première chambre civile du 28 avril 1987 (Cass. Civ. 1re, 28 avril 1987, D. 1988 1, note Delebecque, JCP G 1987, II.20893, note G. Paisant), considérant que le consommateur pouvait être un professionnel « dès lors qu'il était relativement au contenu du contrat en cause " dans le même état d'ignorance que n'importe quel autre consommateur" ». Cette faveur accordée aux professionnels en vue de bénéficier de la réglementation relative aux clauses abusives fut de courte durée, car dès 1993, la Cour de cassation revint à une définition plus restrictive du consommateur, en conformité avec le droit européen (Cass. civ. 1re, 24 nov. 1993, Contrats conc. Consom. 1994, n°3, chron. Leveneur, D. 1994, somm. com., p.236, obs. Paisant ; Civ. 1re, 24 janv. 1995, Bull. civ. I, n°54). La qualité de consommateur était donc exclusivement dévolue aux personnes physiques. La Directive européenne n°2011/83/UE du Parlement Européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, publiée au JOUE du 22 novembre 2011, retient quant à elle la définition suivante du consommateur : « toute personne physique qui, dans les contrats relevant de la présente directive, agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ». Cela va conduire à la modification du droit interne.

⁸⁵ Cass. civ. 1^{re}, 2 juill. 2014, D. 2014, p.1492.

⁸⁶ Monsieur Gilles Paisant a défini le non-professionnel comme « un professionnel qui agit en dehors de son domaine de compétence » (G. Paisant, « Retour sur la notion de non-professionnel », in *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation – Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, PUN, 2009, p.231).

⁸⁷ Les règles relatives aux pratiques restrictives de concurrence sont régies par les articles présents au Titre IV du Livre IV du Code de commerce.

conditions générales de vente (CGV), au contenu de la convention écrite ou encore à la négociation tarifaire⁸⁸.

14. Les pratiques restrictives de concurrence, un domaine hétéroclite construit sans cohérence d'ensemble. Au regard de ce qui précède, les relations entre professionnels semblaient être vouées à un encadrement minimal, afin d'accorder une grande liberté contractuelle entre ces contractants. Toutefois, le droit de la concurrence⁸⁹ a subi un encadrement progressif, notamment en vue de la protection du marché. Discipline assez récente, qui s'est développée au sortir de la Seconde guerre mondiale, le droit de la concurrence a, par le biais de l'ordonnance n°45-1483 du 30 juin 1945, posé les premiers principes de cette matière permettant l'intervention de l'État dans les relations d'affaires⁹⁰. Son rôle avait notamment pour but d'influer sur les prix en les régulant⁹¹. Les différentes lois qui suivront les trente années suivantes auront toutes cet objectif. L'Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence va donner un nouvel élan à cette matière en donnant un véritable cadre au droit de la concurrence : entre l'affirmation de la liberté des prix et de la concurrence (en contradiction avec les dispositions antérieures), la création du Conseil de la concurrence (qui deviendra par la suite l'Autorité de la concurrence), érigé en autorité administrative indépendante⁹², la mise en mouvement de la dépenalisation du droit des affaires et la prise en compte de l'évolution de la matière et particulièrement de l'avènement du droit de la distribution, il s'agissait pour la discipline d'une mini-révolution. Par la suite, d'autres lois sont venues encadrer cette discipline, sans jamais toutefois disposer d'une véritable vue d'ensemble. Les pratiques restrictives de concurrence, domaine particulier de cette matière, se sont construites en parallèle de toutes ces règles. Les pratiques restrictives de concurrence regroupent, selon Messieurs Daniel MAINGUY, Malo DEPINCE et Madame Mathilde CAYOT, un « ensemble hétéroclite de règles [qui] relève tout simplement de la volonté politique d'installer des

⁸⁸ V. not. sur cette question : J.-B. Blaise et R. Desgorces, Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, LGDJ, coll. Manuel, 11^e éd., 2021, p. 521 et s., n°944 et s.

⁸⁹ Le droit de la concurrence peut être défini comme l'ensemble des règles concernant « l'organisation, la surveillance, le contrôle d'une concurrence, libre en principe » : D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p.1, n°1.

⁹⁰ Pour un historique plus détaillé, v. not. D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, *op. cit.*, p.15 et s., n°7 et s. ; Y. Auguet, C. Galocko et A. Riéra, *Droit de la concurrence*, Ellipses, 2020, p.15 et s.

⁹¹ Messieurs Jean-Bernard Blaise et Richard Desgorces insistent également sur l'exigence de transparence tarifaire qui incombe à ces dispositions. Ils mettent d'ailleurs en opposition transparence tarifaire et liberté de la concurrence, estimant qu'ils sont difficilement conciliables en pratique, surtout au regard de la science économique (J.-B. Blaise et R. Desgorces, Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution, *op. cit.*, p. 521, n°944).

⁹² Sur les autorités administratives indépendantes, v. notamment : M. Hervieu, *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, coll. Nouvelle bibliothèque de Thèses, vol. 118, 2012.

règles réglementant ou régulant le jeu contractuel, comme héritières des règles de police économique »⁹³. Il s'agit ici de réglementer des comportements individuels, des « pratiques ». Parmi les règles du droit de la concurrence, ont en effet été réunies celles qui encadraient plus spécifiquement les relations contractuelles. Pour ces auteurs, « *le rassemblement de ces règles [...] assure globalement [...] une forme affirmée de protection d'un opérateur économique, parfois désigné* »⁹⁴.

Beaucoup de dispositions législatives sont venues encadrer les pratiques restrictives de concurrence, comme si le législateur ressentait une certaine urgence dans la mise en place de règles protectrices des parties plus faibles et du marché, dont l'ordonnance de 1986 précitée. La loi du 1^{er} juillet 1996 sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales a conduit à vouloir renforcer l'infraction pénale de revente à perte en renforçant notamment les sanctions. C'est grâce à cette loi que fut créée la pratique restrictive de rupture brutale d'une relation établie.

La loi du 3 janvier 2008 transposant la directive européenne du 11 mai 2005 sur « *les pratiques déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs dans le marché intérieur* » va obliger la communication des conditions générales de vente. La loi de modernisation de l'économie (Loi LME) du 4 août 2008, fut très importante dans le cadre du droit de pratiques restrictives de concurrence, puisqu'elle introduisit la sanction en raison d'un « *déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties* », rappelant fortement les règles existant en droit de la consommation avec l'interdiction des clauses abusives. En outre, la loi HAMON du 17 mars 2014 n'eut pas qu'un impact en droit de la consommation. Démontrant le fort lien entre ces matières, l'insertion de dispositions au sein de la loi HAMON va non seulement conduire les agents de l'administration à pouvoir sanctionner les pratiques restrictives de concurrence, mais va, en outre, donner le pouvoir d'obliger à la renégociation des tarifs dans certaines circonstances, rappelant les arrêts CHEVASSUS-MARCHE et HUARD et la jurisprudence relative à la révision pour imprévision⁹⁵.

L'Ordonnance du 24 avril 2019 vient parachever cette longue liste en refondant totalement le titre IV du livre IV du Code de commerce relatif à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence, afin de redonner de la cohérence à un afflux législatif construit à droit constant sans harmonisation d'ensemble. Cette ordonnance a pour vocation de simplifier ce système en supprimant des pratiques restrictives jugées inutiles au regard de l'absence de recours les concernant. L'ancien article L.442-6 du Code de commerce, dont la longue liste n'enviait rien à

⁹³ D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, op. cit., p.210, n°200.

⁹⁴ *Ibid.*

⁹⁵ V. *supra*, n°10.

celle de Prévert, fut profondément simplifiée pour résumer les pratiques restrictives de concurrence à trois grandes catégories : la rupture brutale des relations commerciales établies, la rupture brutale des ventes « hors réseau » et la sanction du déséquilibre significatif. Cette simplification rédactionnelle ne doit pas cacher que certains manquements disparus se retrouvent au sein des infractions maintenues. Ces pratiques restrictives de concurrence vont, comme le droit de la consommation, être sanctionnées tant par le droit civil que le droit pénal ou administratif. On remarque en outre la place particulière accordée au ministre de l'Économie dans cette matière, où ce représentant du Gouvernement va pouvoir être amené à agir devant les juridictions pour faire sanctionner les professionnels responsables de manquements. L'adoption de ces règles très particulières qui contreviennent à l'état d'esprit du droit des contrats se [justifie] cependant par la considération que l'État doit disposer d'un ensemble d'outils lui permettant, selon les circonstances, d'agir dans un secteur déterminé ou de lutter contre des pratiques particulières »⁹⁶. Contestée plusieurs fois devant le Conseil constitutionnel, par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité, cette discipline spécifique avec ses sanctions diverses et sa procédure unique, n'a jamais été remise en question⁹⁷.

L'influence du droit européen. Le droit français subit une réelle influence du droit européen, spécifiquement le droit de l'Union européenne. Cela se manifeste par la reconnaissance du principe de primauté du droit européen sur le droit interne⁹⁸. Le droit pénal économique n'échappe pas à cette emprise du droit européen, la France ayant déjà été condamnée lorsqu'elle ne respecte pas le droit communautaire⁹⁹. Cette influence se retrouve particulièrement en droit de la consommation et en droit de la concurrence, domaines où le législateur français vient souvent traduire par ses dispositions l'essentiel des directives européennes en la matière¹⁰⁰. La Commission européenne est très concernée par ce domaine et a publié le 23 mai 2017 un bilan

⁹⁶ D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p.210, n°200.

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ CJCE, 15 juillet 1964, Aff. Costa c. Enel.

⁹⁹ V. not. l'affaire de l'appellation « or » selon la loi française : CJCE, 8 juill. 2004, Commission c. France, aff. C 166/03, *Rec. I*, p.6535 : la France s'était vu reprocher l'interdiction de qualifier sous la dénomination « or » des ouvrages contenant seulement 275 ou 585 millièmes d'or (J.-C. Fourgoux, « L'influence du droit communautaire sur l'existence des infractions en droit pénal économique », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p.421).

¹⁰⁰ On peut citer à titre d'exemples : la Directive du 25 mai 1999 sur la vente et la garantie (abrogée), remplacée par la Directive 2019/771 du 20 mai 2019 sur la vente « relative » certains aspects concernant les contrats de vente de biens » (JOUE, n°L136, 22 mai 2019, p.28) ; Directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique, Directive du 11 mai 2005 sur les pratiques commerciales déloyales, Directive du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs ; directive 2011/83 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, venant réformer la vente à distance et la vente en dehors de l'établissement commercial

sur les principales directives du droit contractuel de la consommation¹⁰¹. Récemment, c'est l'action de groupe qui a fait l'objet d'une étude particulière de la part des instances européennes. L'issue en est très positive puisque, le 4 décembre 2020, a été publiée La directive (UE) 2020/1828 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs¹⁰². Toutefois, si l'impact du droit européen est certain sur la qualification de l'infraction et la nature du manquement à identifier, une plus grande marge de manœuvre est laissée aux États membres relativement au choix de la sanction¹⁰³.

Le droit des contrats s'est donc peu à peu spécialisé, en vue notamment de protéger non seulement l'intérêt général, mais également des intérêts spécifiques, comme le marché ou les personnes en situation de faiblesse. Ce faisant, il s'est adapté en diversifiant la sanction et en constituant une discipline à part : le droit économique contractuel.

III. La diversité de la sanction en droit économique contractuel.

Le droit économique contractuel.

15. La notion de droit économique. Le droit économique n'est pas une notion très connue et sa définition interroge. Que recouvre cette expression de droit économique ? Tout d'abord, ce n'est pas de celles que l'on retrouve sur les couvertures de manuels, pas plus que dans les amphithéâtres : le droit économique n'y est pas enseigné *per se*. De plus, en matière contractuelle, le droit spécial des contrats s'est déjà emparé des domaines spécifiques qui méritaient une législation particulière, à l'image de ce qui existe pour les baux d'habitation¹⁰⁴, pour le droit de la consommation ou les pratiques restrictives de concurrence. Le domaine du droit économique

¹⁰¹ Commission européenne, *Document de travail des services de la commission. Résumé du bilan de qualité*, 23 mai 2017.

¹⁰² Cette directive a été approuvée le 24 novembre 2020 par le Parlement européen et publiée au JOUE du 4 décembre 2020 (Ph. Métais et É. Valette, « La directive actions représentatives : un nouvel élan pour les actions de groupe ? », *D. actualité*, 16 décembre 2020).

¹⁰³ V. not. : J.-C. Fourgoux, « L'influence du droit communautaire sur l'existence des infractions en droit pénal économique », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p.421.

¹⁰⁴ Loi n°89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs.

se trouve alors plus qu'incertain. Et pourtant, c'est au contraire en partie dans ces relations de droit spécial que va se nicher le droit économique.

Mais, alors, quelle est la définition du droit économique ? Existe-t-elle réellement ? Selon Monsieur Gérard FARJAT, « *le droit économique vit sans définition* »¹⁰⁵. Cependant, si l'on en cherche une première acception, il peut être défini comme « *l'ensemble des règles de droit, d'où qu'elles proviennent, qui permettent au droit d'appréhender les phénomènes économiques* »¹⁰⁶. Cette discipline est même considérée comme une méthode ou comme une lecture du droit et non comme une matière à part entière. Cependant, ainsi que le souligne Monsieur Bruno OPPEIT, « *le droit ne doit pas se plier systématiquement aux exigences de l'économie, à peine de nier sa normativité* »¹⁰⁷. L'économie et le droit doivent en effet trouver une harmonie législative, qui associe l'esprit libéral qui anime cette matière avec les nécessités protectrices du droit. Le droit économique oblige à avoir une ouverture d'esprit. Il est impossible de raisonner dans une discipline seule : le droit économique invite à avoir tant un point de vue sur le droit des obligations et de la responsabilité que sur le droit immobilier et le droit des baux d'habitation, le droit des affaires et de la concurrence, le droit interne et le droit européen, le droit civil et le droit pénal, et même le droit administratif. Le droit économique éclate les barrières limitantes des disciplines traditionnelles pour créer une nouvelle matière *sui generis*, qui s'inspire de toutes les disciplines tout en les influençant en retour. Cependant, cette liberté et cette nouveauté ne doivent pas occulter la rigueur dont va faire preuve le droit économique. Discipline autant marquée par le droit communautaire¹⁰⁸ que par le droit national¹⁰⁹ et la jurisprudence, elle doit également composer avec les orientations politiques des gouvernements en place car, en droit économique, « *les textes essentiels sont directement inspirés de la politique économique du gouvernement en place* »¹¹⁰. Les lois importantes sont d'ailleurs en général surnommées du nom du ministre qui les auront défendues (Loi CHATEL du 3 janvier 2008¹¹¹,

¹⁰⁵ D. Farjat, « la notion de droit économique », *Arch. Philo. dr.* 1992, p. 27.

¹⁰⁶ J.-B. Racine, « Introduction », in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux.*, LGDJ, 2020, p.9 et s.

¹⁰⁷ Br. Oppetit, « Droit et économie », *Arch. philo. dr.* 1992, p.17, sp. p.21.

¹⁰⁸ L'Union européenne est le fruit d'ententes à l'origine purement commerciales : Commission européenne du charbon et de l'acier (CECA), Communauté européenne de l'énergie atomique (Euratom) et Communauté économique européenne issue du Traité de Rome du 25 mars 1957.

¹⁰⁹ La loi n°2020-1508 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière du 3 décembre 2020 (dite loi DDADUE) démontre parfaitement l'inspiration européenne dans une discipline qui ne cesse de se renouveler.

¹¹⁰ D. Legeais, *Droit commercial et des affaires 2022*, Sirey, coll. Université, 28^e éd., 2021, p.9, n°17.

¹¹¹ Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs, dite Loi CHATEL.

Loi MACRON de 2015¹¹², Loi SAPIN II¹¹³). Selon l'orientation qu'ils souhaitent donner à la politique économique du pays, les dispositions législatives s'en ressentiront.

Par ailleurs, le constat est fait d'une certaine corrélation entre la mise en place de sanctions non civiles en droit économique contractuel et entre l'efficacité économique de la sanction. En effet, ainsi que le soulignent Mesdames Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET, « le *souci d'économie porte ainsi à préférer des sanctions administratives dans des domaines relevant traditionnellement du droit privé* »¹¹⁴. De plus, le fait de vouloir maintenir le contrat coûte que coûte répond aussi à des préoccupations de « *stabilité économique* »¹¹⁵.

16. L'exclusion du droit de la concurrence au sens large. Le droit de la concurrence dans son acception générale rentre totalement dans le droit économique. Il en est même le fer de lance. Développé depuis plusieurs années, il fait même l'objet d'une attention particulière avec la création d'une autorité administrative indépendante qui lui est dédiée, l'Autorité de la concurrence. Dédiée à la protection du marché, elle participe, de fait de façon détournée, à la protection des contractants. Cependant, ce n'est pas sa fonction principale. En outre, les sanctions administratives qui sont prononcées ne le sont pas par la DGCCRF, autorité administrative qui nous intéresse particulièrement ici pour le prononcé des sanctions de cette nature. De plus, les manquements constatés dans le cadre du droit de la concurrence n'impliquent pas forcément la conclusion de contrats (même s'il faut reconnaître qu'à terme, la conclusion de contrats est souhaitée par les entreprises). Enfin, un certain lien lie le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrence, qui ont d'ailleurs été tous deux modifiés au même moment par la Loi HAMON, qui visent à contrer les déséquilibres entre les parties et qui font l'objet de contrôles et de sanctions par la DGCCRF. C'est pourquoi

¹¹² Loi n°2015-990 du 6 août 1995 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, dite Loi MACRON.

¹¹³ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Loi SAPIN II.

¹¹⁴ C. Chainais et D. Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain. (...), op. cit.*, n°49.

¹¹⁵ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain. (...), op. cit.*, p. 237 et s., sp. n°8 et n°11.

il convient d'exclure le droit de la concurrence dans son ensemble à l'exception des pratiques restrictives de concurrence.

17. L'exclusion du droit social. Comme déjà évoqué, le droit social ne trouve pas sa place dans cette étude. Il s'est développé de manière très décalée par rapport au droit de la consommation et aux pratiques restrictives de concurrences, dès le XIXe siècle, et même si l'on retrouve l'idée de protection de la partie faible au contrat, l'idée de protection du marché n'est pas présente. En outre, il fait l'objet de règles très spécifiques et il serait difficile de trouver une réelle cohérence avec les matières retenues. Il convient donc de l'exclure.

18. La recherche de la préservation de deux intérêts différents : la protection du marché et la protection de la partie faible au contrat. La protection de la partie faible au contrat interroge le juriste, particulièrement dans le cadre de la formation du contrat, plusieurs travaux ayant été effectués sur ce thème, comme la thèse de Madame Carole Aubert de Vincelles qui a étudié l'*Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*¹¹⁶, ou Monsieur Evan Raschel qui s'est intéressé à *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*¹¹⁷, lesquels s'accordent pour constater en ce domaine le recours constant du législateur aux sanctions pénales, avec plus ou moins de réussite. Ce choix effectué de traiter régulièrement de la protection du consentement et de la pénalisation incessante dont ce domaine a fait l'objet conduit à déterminer que le droit pénal est tout d'abord utilisé pour protéger les contractants qui se retrouvent dans une situation de faiblesse. Il y a un déséquilibre qui se crée dans la relation contractuelle, de par le statut des parties, professionnel et consommateur, producteur et distributeur, etc., ce qui conduit l'un des contractants, dans une position de domination économique et souvent juridique, à pouvoir tirer avantage de la situation en imposant des règles à son cocontractant sans que ce dernier ne puisse le contester, et parfois même sans qu'il en ait conscience au moment de la conclusion du contrat. Il s'agit alors de recréer fictivement un équilibre. D'ailleurs, cette lutte contre le déséquilibre significatif¹¹⁸ qui peut exister entre les parties est particulièrement mise en avant : débutée par la lutte contre les clauses abusives en

¹¹⁶ C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 19, 2002.

¹¹⁷ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2014.

¹¹⁸ Sur cette notion, v. not. : S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 609, 2021.

droit de la consommation¹¹⁹, poursuivie contre l'interdiction du déséquilibre significatif dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence en 2008¹²⁰, elle est aujourd'hui parachevée par l'introduction dans le cadre de la réforme du droit des obligations de l'interdiction des clauses abusives dans le droit commun des contrats.¹²¹ A côté de cette protection des parties plus faibles au contrat apparaît la volonté d'une lutte efficace dans la protection du marché, afin de réguler les échanges économiques et d'éviter les dévoiements liés à une trop grande liberté laissée aux entreprises. Ce droit des marchés comprend le droit de la consommation, le droit de la concurrence et le droit de la distribution¹²². Cette nécessaire combinaison dans les protections à accorder s'est traduite par le choix du recours à des modes différents de sanctions : le droit pénal tout d'abord, le droit administratif par la suite.

La protection du marché, se présente comme un facteur fondamental de la diversification de la sanction. La modernisation du droit des affaires passe par la mise en avant de nouveaux facteurs, dont la protection du marché. Selon Madame Marie-Anne FRISON-ROCHE, le marché est devenu un « *modèle* »¹²³. Ce marché influe sur les règles juridiques édictées, se manifestant par un plus grand interventionnisme étatique dans la vie des entreprises. Cela va se traduire aussi par un recours plus important au droit pénal, marquant « la transformation du rôle de l'État » pour Monsieur Gérard JAZOTTES¹²⁴. Pour cet auteur, « *de directeur il devient régulateur, notamment par la création d'autorités de marché, condition d'un bon fonctionnement du ou des marchés.* »¹²⁵. Mais qu'est-ce que le marché ? Cette « notion fuyante et clivante » pour Monsieur Jean-Christophe RODA¹²⁶, notion souvent « *fourre-tout* »¹²⁷ dans les codes, il peut être considéré comme une « situation où des opérateurs « ayant des biens ou services à offrir cherchent à se présenter devant les

¹¹⁹ Sur les clauses abusives en droit de la consommation, v. not. : C. Aubert de Vincelles, « Office du juge communautaire et national, et directive n°93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1467 ; D. Fenouillet, « Clauses abusives », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1442.

¹²⁰ D. Bosco, « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *LEDC*, 01 novembre 2008, n°5, p.1 ; F. Buy, « Entre droit spécial et droit commun : l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce », *LPA*, 17 déc. 2008, n°252, p.3. ; M. Chagny, « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1642 ; M. Chagny, « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? », *Contrats Conc. Consom.*, n° 12, Décembre 2008, alerte 70 ; G. Decocq, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, chronique n° 30, 23 Juillet 2009, 1739.

¹²¹ Cf. *infra*, n°51.

¹²² Cl. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit des marchés*, PUF, 1^{re} éd., 2002 ; Bernitz, « Harmonisation et coordination de la législation du marché : la notion de droit des marchés », *RTD com.*, 1971, 1.

¹²³ M.-A. Frison-Roche, « Le modèle du marché », *Arch. phil. dr.*, t. 40, Sirey, p.286.

¹²⁴ G. Jazottes, « Propos introductifs », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.3. V. également : A.-J. Arnaud, « Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État », *Dr. et société*, série Droit, n°20, 2004.

¹²⁵ G. Jazottes, « Propos introductifs », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.3.

¹²⁶ J.-Ch. Roda, « Le marché », in J.-B. Racine, *Le droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, 2020, p.493.

¹²⁷ *Ibid.*

personnes intéressées à les obtenir »¹²⁸. Si cette notion est mouvante selon le prisme choisi, elle s'avère pour autant la traduction parfaite de l'évolution de la société contemporaine, qui se construit autour d'individus qui sont d'abord des consommateurs et qu'il faut protéger à tout prix. Cette protection des consommateurs et plus largement du marché va se traduire pour Madame Corinne MASCALA par « *la recherche de l'efficacité du droit pénal des affaires* »¹²⁹ et une « *inflation des dispositions pénales en droit des affaires [qui va nuire] à l'efficacité de la sanction* ». ¹³⁰

L'utilisation de la diversification de la sanction comme élément de protection.

19. Le phénomène de pénalisation en droit économique contractuel. Le droit économique contractuel se révèle être un parfait reflet de la société quant à sa relation à la sanction répressive, et plus particulièrement au phénomène de pénalisation. Terme dérivé d'un anglicisme emprunté initialement au domaine sportif¹³¹, la pénalisation, qui se définit pour le Vocabulaire Juridique de l'Association Henri CAPITANT comme « *l'action de pénaliser – infliger une pénalité ou un handicap – et (le) résultat de cette action* »¹³², a fait son entrée dans le langage juridique de manière assez tardive, dans les années 1970 selon Monsieur Olivier MOUYSSSET¹³³. Pour ce dernier, cela traduit « *l'inclination du droit pénal, aussi bien de fond que de forme, a marqué de son empreinte d'autres branches du Droit* »¹³⁴ et se manifeste de deux manières. D'une part la pénalisation désigne le « *processus par lequel de nombreuses sanctions à finalité punitive ont peu à peu été soumises, sous l'impulsion conjuguée de la Cour européenne des droits de l'homme et du Conseil constitutionnel, à l'empire des principes issus du droit de la répression pénale, sans que les juges se soient appuyés sur des fondements juridiques identiques pour y parvenir* » ; d'autre part, ce terme est « *utilisé pour traduire la primauté accordée au droit pénal dans un contexte juridique totalement étranger à la répression pénale* »¹³⁵. La pénalisation peut donc faire l'objet de

¹²⁸ E. Mackaay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2^e éd., 2008, n°306.

¹²⁹ C. Mascala, « La recherche de l'efficacité du droit pénal des affaires », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, op. cit., p.111.

¹³⁰ *Ibid.*

¹³¹ O. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008, p.4, n°2.

¹³² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd.. MAJ, 2020, v° « pénalisation ».

¹³³ O. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, op. cit., p.6, n°3.

¹³⁴ *Ibid.*, p.13, n°7.

¹³⁵ *Ibid.*, p. 13 et s., n°8 et s.

plusieurs acceptions. Elle n'est pas toujours vue comme un synonyme de criminalisation ou antonyme de dépenalisation¹³⁶.

20. Un phénomène de pénalisation entre constance et défiance Il convient aujourd'hui de privilégier l'acception la plus commune, à savoir l'extension du recours au droit pénal, que celle-ci soit le fait de la création de nouvelles incriminations, d'aggravation des sanctions, ou encore de facilités procédurales qui conduisent à une plus grande répression. Le choix de la pénalisation n'est jamais anodin. Il traduit une volonté sociétale de censurer de manière emblématique un comportement jugé inacceptable. Pour Monsieur Jean-Marie COULON, « *La pénalisation devient donc un peu à l'instar d'un mouvement que l'on observe dans tous les pays en cas de crise, le mode d'action de la communauté internationale, la manière d'exprimer sa prise de conscience, les autres modes comme le renforcement de la coopération internationale étant en définitive infiniment plus compliqués à réaliser et surtout à faire savoir* »¹³⁷. Cela se transforme en véritable vitrine, très souvent à visée médiatique, pour montrer son action face à un comportement fortement répréhensible. En droit des affaires, cela s'est matérialisé par la volonté, surtout à partir des années 1970, de répondre à une nouvelle société consumériste et à ses dérives, en même temps que se développaient la libéralisation du marché, d'un point de vue national et international.

Le droit pénal arrive souvent comme un sauveur sur son cheval blanc, les autres moyens de régulation sociale ayant échoué. Cette pénalisation croissante est également renforcée par l'écoute accordée aux victimes, parfois à l'excès selon certains auteurs, comme Monsieur Jean-Marie COULON, qui affirme que : « *la victimisation est, en tout cas en France, un élément déterminant de la pénalisation exagérée de la société. Tout l'effort de civilisation depuis plus de deux mille ans a été porté d'abord vers la proportionnalité de la peine par rapport à l'infraction, et ensuite vers la fin de la vengeance privée, en essayant d'éloigner la victime de la scène pénale, et de trouver pour elle une autre scène ou d'autres modalités de réparation.* »¹³⁸. La nécessité de protection de la victime à tout prix conduit au recours constant au droit pénal, particulièrement en présence d'un scandale médiatique, comme ce fut le cas de celui de la viande de cheval, retrouvée dans des plats préparés, qui a éclaté en 2013, et dans le cadre duquel la DGCCRF avait comptabilisé pas moins de 750 tonnes de plats distribués dans

¹³⁶ V. sur cette question, E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, op. cit., p.14 et s. ; O. Mouysset, *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, op. cit., n°3.

¹³⁷ E. Barbe, « La pénalisation à l'étranger », in *Pouvoirs*, n°128, 2008, p. 13 et s, p.21.

¹³⁸ D. Soulez-Larivière, « De la victimisation et de nombreuses autres causes », in *Pouvoirs*, n°128, 2008, p. 27 et s., sp. p. 40.

treize pays¹³⁹, conduisant l'ancien directeur d'usine, jugé coupable de tromperies, à être condamné à deux ans de prison dont six mois ferme. Ce scandale était resté dans les têtes lors de l'adoption de la Loi HAMON quelques mois plus tard.

En choisissant la sanction pénale, le législateur veut asseoir une certaine autorité. Monsieur Thierry LEVY affirme à ce propos qu' « à travers la punition, l'autorité étatique exerce la plus emblématique et la plus étendue de ses prérogatives. Elle peut, en effet, supprimer des droits, priver de liberté et infliger une souffrance morale ainsi que physique. De cette façon, elle affirme son emprise sur la personne humaine et la soumet à ses volontés par des moyens de coercition qui assurent sa domination »¹⁴⁰. C'est pourquoi le droit français s'est doté progressivement de dispositions pénales pour régir de nombreux manquements en matière concurrentielle et consumériste, comme les pratiques commerciales trompeuses, les défauts de paiement¹⁴¹, les ventes à la boule de neige, etc. Le but était, évidemment, de parvenir à une régulation du marché et à une diminution des comportements frauduleux grâce à la menace de la sanction ultime.

Néanmoins, au lieu de ça, le droit pénal s'est au contraire attiré de nombreuses critiques, que ce soit à cause de son inefficacité¹⁴² ou de la crainte de paralysie du marché, mise en avant notamment par le Mouvement des entreprises de France (MEDEF), principal syndicat patronal français qui a beaucoup œuvré pour la dépénalisation du droit des affaires¹⁴³.

En droit économique, ce phénomène de pénalisation s'est très largement manifesté et se manifeste toujours, malgré une opposition de principe hautement soulignée dans le milieu des affaires¹⁴⁴. Les relations entre le droit spécial des contrats, le droit économique et le droit pénal sont toujours ambivalentes, et le législateur se retrouve en contradiction permanente. Le droit pénal a vécu une relation chaotique avec le droit économique. Cette relation conflictuelle se traduit par la volonté affichée à chaque nouvelle réforme de dépénaliser le droit des affaires et le droit économique. Monsieur Jean-Marie COULON le résume parfaitement : « L'encadrement de la vie pénale des affaires, c'est l'histoire d'un paradoxe qui gouverne nos soubresauts

¹³⁹ https://www.lemonde.fr/sante/article/2019/01/21/le-proces-du-scandale-de-la-viande-de-cheval-dans-les-plats-pur-b-uf-s-ouvre-a-paris_5412262_1651302.html ; <https://www.capital.fr/entreprises-marches/scandale-des-lasagnes-au-cheval-verdict-aujourd'hui-dans-l'affaire-sphanghero-1335339>.

¹⁴⁰ Thierry Lévy, « Y a-t-il encore une place pour la responsabilité pénale ? », in *Pouvoirs*, n°128, 2008, p. 43 et s, p.43.

¹⁴¹ C. com. Art. L. 441-11 et s.

¹⁴² J.-M. Coulon (prés.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, op. cit., p.13.

¹⁴³ D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, p.210, n°200.

¹⁴⁴ J.-M. Coulon (prés.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, op. cit.

législatifs et judiciaires, une absence de cohérence globale»¹⁴⁵. En parallèle, malgré des techniques tentées, il y a toujours des incriminations nouvelles, une aggravation des peines pour certaines infractions¹⁴⁶. Ceci conduit à un paysage flou de la sanction : « tous les autres moyens de régulation sociale ont fait défaut et l'image de la justice s'est brouillée, car on lui demande de jouer tous les rôles avec des repères incertains »¹⁴⁷.

Le droit pénal, outil majeur du législateur, n'est plus autant apprécié et est même défié en droit économique contractuel. Ce même auteur va même plus loin en affirmant que « *le droit pénal des affaires d'aujourd'hui a montré ses impasses, ses excès et ses imperfections. Son lien avec une morale de la discussion a provoqué les dérèglements d'un droit* », selon l'expression fulgurante du doyen Carbonnier¹⁴⁸.

21. Une volonté affichée de dépénaliser le droit économique. La dépénalisation du droit des affaires est depuis les années 1980 au cœur de tous les projets de réformes du droit économique. Véritable rejet du droit pénal, « *le discours public préconise une forte dépénalisation législative et judiciaire, et soutient que le tout judiciaire pénal est source de paralysie de l'activité économique. Mais la réalité est bien différente. Tout texte nouveau comprend son volet pénal ; la jurisprudence est le plus souvent irriguée dans son appréhension des normes par une interprétation extensive ; la justice pénale dans son quotidien du droit des affaires, est fréquemment instrumentalisée en raison de la recherche d'une personnalisation systématique de la responsabilité* »¹⁴⁹. Pour Madame Corinne MASCALA, « *personne ne conteste la nécessité de sanctionner les comportements les plus graves, mais les voix sont nombreuses pour réclamer un retour à la finalité du droit pénal qui est de sanctionner les agissements frauduleux, mais pas les simples irrégularités formelles de la vie économique* »¹⁵⁰. Cependant, « *Le droit pénal, en se banalisant connaît une dangereuse dérive, jusqu'à faire du parquet l'auxiliaire des plaideurs dans la recherche de la preuve, quand ce n'est pas dans la diffusion de rumeurs « rentables »* » pour Monsieur Yves CHAPUT¹⁵¹.

Cependant, dépénaliser de façon abrupte, sans substitut, n'était pas envisageable non plus. Plusieurs solutions sont alors envisagées, dont un retour vers le civil, mais encore faut-il que cela se traduise par plus d'efficacité, l'échec du civil ayant pour partie conduit au recours au droit

¹⁴⁵ J.-M. Coulon, « Les nouveaux champs de pénalisation, excès et lacunes », *op. cit.*

¹⁴⁶ Cf. *infra*, n°148 et s.

¹⁴⁷ J.-M. Coulon, « Les nouveaux champs de pénalisation, excès et lacunes », *op. cit.*

¹⁴⁸ *Ibid.*

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ C. Mascala, « La recherche de l'efficacité du droit pénal des affaires », *op. cit.*, p.111.

¹⁵¹ Y. Chaput, « Rapport de synthèse », in *La modernisation du droit des affaires*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.167.

pénal. Pour ce faire, des facilités procédurales ont été avancées, avec pour objectif de donner un nouvel attrait à la procédure civile, comme les actions collectives, ou des procédures simplifiées. Il est donc impératif de trouver des alternatives, lesquelles vont se trouver dans la sanction administrative et dans un renouveau de la sanction civile, remodelée.

22. La sanction administrative, substitut éphémère de la sanction pénale. La sanction pénale n'étant plus souhaitée en matière économique contractuelle, le législateur s'est tourné progressivement vers d'autres modes de sanctions. Mise en œuvre tout d'abord dans le Code de commerce dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, la sanction administrative a fait son entrée dans le droit de la consommation en 2014, grâce à la Loi HAMON. L'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 a procédé à une clarification dans la matière. Les dispositions relatives aux pratiques restrictives de concurrence, qui correspondent à l'ancien article L. 442-6, sont désormais codifiées aux articles L. 442-1 à L. 442-4 du Code de commerce. Les grands changements opérés sont repris ci-après.

Supposée venir remplacer la sanction pénale, elle ne le fera jamais réellement. Au contraire, chaque nouveau texte comporte de nouveaux textes d'incriminations ou des aggravations de peines. Pourquoi alors conserver ces sanctions administratives ? Tout d'abord car les sanctions administratives sont vues comme des gages d'efficacité, les reproches de lenteurs à l'encontre de la justice judiciaire étant, à juste titre, toujours très présentes. En outre, une certaine discrétion est assurée en matière administrative, même si ce dernier argument ne doit pas trouver d'écho, étant donné que la DGCCRF publie régulièrement des décisions de condamnations à des amendes administratives sur son site Internet. En tout état de cause, cela confère des nouveaux pouvoirs à l'administration qui doit composer avec tous les pouvoirs dorénavant (particulièrement d'enquête et de justice en prononçant des sanctions). Cela interroge sur la séparation des pouvoirs¹⁵².

Aux côtés de ces sanctions non civiles, administratives et pénales, on doit également parler de la sanction d'amende civile, nouvel outil mis en place par le législateur en vue de sanctionner les entreprises en matière de pratiques restrictives de concurrence¹⁵³, laquelle vient s'ajouter à un système répressif déjà très fourni. Toutefois, comme il sera démontré par la suite, cette sanction n'a plus de civil que le nom tant le montant de l'amende encourue est élevé : 5 millions d'euros¹⁵⁴.

¹⁵² Cf. *infra*, n°324 et s.

¹⁵³ Cf *infra*, n°122 et s.

¹⁵⁴ *Ibid.*

Les dommages et intérêts punitifs, qui pourraient apporter un intérêt, ne sont toujours pas admis de façon claire par le législateur¹⁵⁵.

23. Situation actuelle : une vision brouillée du paysage de la sanction en droit économique contractuel. Aujourd'hui, on constate une multiplication et une diversification de la sanction en droit économique contractuel, ce qui amène à une vision confuse du paysage juridique offert, ces sanctions étant fulminées par des juridictions et autorités diverses. Se dresse alors le constat d'un manque de cohérence. La toile n'est pas nette, les couleurs s'accordent mal, le travail semble inachevé. Malgré ce qui était envisagé au départ dans les projets de réformes, cela ne se fait pas au détriment de la sanction pénale, les deux cohabitent de plus en plus dans les mêmes domaines, et particulièrement en matière consumériste. Au contraire, la pénalisation a même pu se renforcer, que ce soit par l'introduction de nouvelles incriminations ou par l'aggravation de sanctions pénales existantes.

PROBLEMATIQUE.

24. Le renouvellement des sanctions, une réalité. *Le renouvellement des sanctions en droit économique contractuel s'effectue depuis de nombreuses années. Sa réalité n'est plus à questionner, tant le constat de la diversité des sanctions est patent dans ce domaine. Le législateur s'arme de sanctions comme autant de nouveaux outils, qu'il utilise à l'envie pour rendre effective la norme contractuelle. Toutefois, le constat de la réalité de la présence de sanctions multiples en droit économique contractuel n'interdit pas de s'interroger sur les réelles raisons qui ont pu conduire à cette diversité et à son inefficacité. Les règles de droit n'interviennent jamais sans raison dans le paysage juridique et il convient d'en rechercher les causes afin de mieux comprendre le système actuel. En outre, la finalité de la sanction et les moyens mis en œuvre pour y parvenir mettent en lumière son inefficacité.*

25. La sanction en droit économique contractuel à l'épreuve de l'efficacité, l'effectivité et l'efficience. Les termes effectivité, efficacité ou encore efficience se ressemblent et ont tendance à revenir régulièrement dans les études relatives à la sanction. Toutefois, il est impératif

¹⁵⁵ Cf. *infra*, n° 101 et s.

de bien savoir les distinguer, particulièrement à l'aune de notre étude, où ces notions prennent une place particulière dans leurs rapports avec les sanctions, civiles et non civiles.

Premièrement, « *l'effectivité est classiquement présentée comme le respect de la loi par ses destinataires.* »¹⁵⁶. On mesurerait donc l'effectivité de la loi par la vérification de « *la conformité des comportements prescrits au droit* »¹⁵⁷. Un respect du texte (en accord avec les termes et la volonté de l'auteur) sera le signe de l'effectivité de la norme. Ce sont des signes concrets qui démontreraient l'effectivité de la norme¹⁵⁸. Par l'intermédiaire de son *Juridictionnaire*, le gouvernement canadien affirme lui aussi que « *le caractère effectif (l'effectivité) d'une loi est son aptitude à être appliquée réellement, la nature des effets qu'elle produit* »¹⁵⁹, qu'il s'agisse de l'effectivité des normes ou de l'effectivité des sanctions. Dans notre étude, cette définition nous intéresse particulièrement, car elle va permettre de pouvoir évaluer si toutes les sanctions édictées par le législateur trouvent une réelle application dans la pratique. Leur succès ou insuccès devraient être de bons indicateurs pour connaître les raisons du choix de nouvelles sanctions, souvent de natures différentes, et connaître les causes de ce renouvellement de la sanction en matière contractuelle, qui se matérialise par un recours toujours plus systématique aux sanctions non civiles. Il convient néanmoins de nuancer les premières définitions proposées sur l'effectivité car la loi n'a pas toujours vocation à être appliquée par tout le monde, on peut choisir de s'en écarter, plus ou moins volontairement. Il est par exemple possible de choisir de contracter ou de ne pas contracter pour acheter un nouveau véhicule. L'effectivité de la loi n'est donc pas forcément quand il en est fait usage par les destinataires, mais « *l'utilisation dont il est question devra être conforme à la volonté – au sens large – du législateur.* »¹⁶⁰ selon Monsieur Christophe MINCKE. C'est peut-être finalement Monsieur Yann LEROY qui partage la vision la plus juste à propos de l'effectivité : « *il s'agit moins de mesurer le taux d'effectivité de la règle que de faire apparaître la richesse et la diversité des effets, juridiques ou non, qu'elle engendre* »¹⁶¹. Or, cette richesse et la diversité de ces effets n'existent qu'à travers le prononcé et la mise en œuvre des sanctions, civiles et non civiles.

¹⁵⁶ Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *R.I.E.J.* 1998, n°40, p. 115 et s., sp. p. 126.

¹⁵⁷ Ibid.

¹⁵⁸ Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*

¹⁵⁹ Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, Bureau de la traduction, *Juridictionnaire*, v° « effectif, ive/effectivité/efficace/efficacité/efficience/efficient,ente », https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-eng.html?lang=eng&lettr=indx_catlog_e&page=9BDkX3TldFmE.html

¹⁶⁰ Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, sp. p.129.

¹⁶¹ Y. Leroy, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société*, 2011, p.715 à 732.

Deuxièmement, pour Monsieur Christophe MINCKE, « l'efficacité pose la question de l'adéquation des moyens utilisés aux fins posées »¹⁶², donc de « l'adéquation entre les effets constatés et les buts poursuivis par le législateur »¹⁶³. Même si la loi est appliquée, donc effective, parvient-elle à ses objectifs originels ? Contrairement à l'effectivité, l'efficacité a un objectif plus lointain, puisqu'elle se « mesure à l'analyse de ses bienfaits, de son aptitude réelle à réaliser ses objets, de ses conséquences et de ses effets recherchés sur la société et les règles de droit »¹⁶⁴. Ce critère d'efficacité est particulièrement intéressant en matière de sanctions, et particulièrement dans le domaine économique contractuel. Cela nous permet de mettre l'accent sur deux conséquences inattendues sur les sanctions : non seulement on constate un mouvement de privatisation de la sanction, comme le pouvoir de sanction du contractant qui s'est développé à l'aune de la réforme du droit des obligations de février 2016¹⁶⁵ mais, en outre, le « souci d'efficacité économique explique, pour partie du moins, le phénomène actuel de déjudiciarisation de la sanction. De plus en plus souvent, on confère à d'autres que le juge le pouvoir de sanction », comme le relèvent Mesdames Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET, « le souci d'efficacité explique largement le mouvement actuel de privatisation de la sanction »¹⁶⁶. Enfin, selon ces auteures, cela explique la contractualisation des sanctions ; ce que l'on peut constater en matière pénale et administrative, particulièrement, où le dialogue est de mise entre auteurs et institutions en vue de prononcer une sanction négociée¹⁶⁷. Certains y voient alors une vision utilitariste de la sanction¹⁶⁸, en ce qu'elle permettrait de parvenir à l'objectif initial de la norme, comme la protection des consommateurs et du marché.

Enfin, troisièmement, l'efficacité de la norme, et par suite, de la sanction, est « marquée par les coûts de son élaboration, de sa diffusion, de la mise en œuvre et de la mise à exécution de ses dispositions et de son règlement d'application »¹⁶⁹. Il s'agit ici d'une « balance coût-bénéfice »¹⁷⁰ qu'il est possible d'étudier sous deux angles, selon Monsieur Christophe MINCKE : le coût de l'adoption du texte de loi et le coût au regard des actes de mise en œuvre que celle-ci exige. La

¹⁶² Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficacité et efficacie du droit : le pôle réaliste de la validité », *R.I.E.J.* 1998, n°40, p. 115 et s., sp. p. 132.

¹⁶³ *Ibid.*

¹⁶⁴ Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, Bureau de la traduction, *Juridictionnaire*, v° « effectif, ive / effectivité / efficace / efficacité / efficacie / efficient, ente », *op. cit.*

¹⁶⁵ Cf. *infra*, n°37 et s.

¹⁶⁶ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain. (...)*, *op. cit.*, p. LXIV.

¹⁶⁷ Cf. *infra*, n°471 et s.

¹⁶⁸ Cf. *infra*, n°320.

¹⁶⁹ Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, Bureau de la traduction, *Juridictionnaire*, v° « effectif, ive / effectivité / efficace / efficacité / efficacie / efficient, ente », *op. cit.*

¹⁷⁰ Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficacité et efficacie du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, sp. p. 134.

deuxième vision est ici à privilégier dans le cas de l'étude. Il faut en effet étudier si toutes les mesures mises en place pour parvenir à ces sanctions multiples en matière contractuelle, particulièrement les sanctions non civiles, conduisent à ce que l'on pourrait appeler, de manière assez mercantile à « un retour sur investissement », en prévoyant des sanctions diverses et parfois innovantes pour protéger le contractant en situation de faiblesse et plus largement le marché¹⁷¹. Mesdames Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET affirment que la politique contemporaine donne le « *sentiment de s'orienter vers un objectif unique, celui de l'efficacité des sanctions* »¹⁷², ce qui explique que ces dernières soient replacées dans une conjoncture plus économique, que sociale pour plus d'efficacité.

Ces différents éléments de définition nous amènent à considérer que l'effectivité de la sanction sera déterminante pour assurer l'efficacité de la norme, atteindre les objectifs que le législateur s'est donné lorsqu'il a mis en place des sanctions de diverses natures en matière contractuelle. Si, pour le *Juridictionnaire*, « *est effectif ce qui devient réalité* », ce qui existe réellement et ce qui se traduit par un effet réel¹⁷³, il faut alors s'intéresser à la réalité de la pratique, notamment dans sa mise en œuvre procédurale, afin de rechercher les meilleurs moyens d'assurer cette effectivité. Cela conduit à s'intéresser tant au sens de la sanction qu'à sa fonction, dans sa généralité et dans ses spécificités¹⁷⁴, ainsi qu'à sa réalité effective : les sanctions pénales et administratives ont-elles réellement pris le pas sur les sanctions civiles ? Les sanctions pénales sont-elles réellement inapplicables ? Comment peuvent-elles être mises en œuvre ?

26. L'exclusion des sanctions du consommateur. L'intérêt sera ici de s'intéresser au droit économique dans sa vision protectrice du contractant en situation de faiblesse et du marché. Par conséquent, il ne sera pas fait mention des règles sanctionnant les consommateurs, notamment en matière de surendettement, cela ne rentrant pas dans notre champ d'étude. Au

¹⁷¹ Monsieur Christophe Mincke propose un système d'évaluation de cette efficacité : « il faut d'abord déterminer les effets d'une loi dont on souhaite obtenir la plus grande quantité possible et, ensuite, déterminer le coût des démarches qui seront nécessaires pour parvenir à différents niveaux de réalisation de ceux-ci » : Christophe Mincke, « Effets, effectivité, efficacité et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *op. cit.*, p. 136.

¹⁷² Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p. LXIV.

¹⁷³ Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, Bureau de la traduction, *Juridictionnaire*, v° « effectif, ive / effectivité / efficace / efficacité / efficacité / efficace / efficace », *op. cit.*

¹⁷⁴ Cf. *infra*, n°282 et s.

surplus, ces contractants ne peuvent pas se voir sanctionnés par des sanctions administratives. La cohérence des propos impose donc d'exclure l'étude de ces manquements.

27. L'objet de l'étude. À travers cette étude il convient de se demander quelles sont les réelles motivations du législateur dans le choix de sanctions non civiles en droit économique contractuel ? Ce choix s'imposait-il ou une autre alternative pourrait-elle être mise en place si l'on revenait à l'essence de chaque sanction pour un droit économique contractuel efficace et effectif ?

Aujourd'hui, les sanctions civiles et non civiles en droit économique contractuel coexistent plutôt qu'elles ne cohabitent. La codification à droit constant effectuée en 1993 et la refonte du Code de la consommation en 2016 n'ont pas permis de créer une vision d'ensemble de la matière et des sanctions prévues pour réprimer tous les manquements. Qu'elles soient de nature civile, pénale ou administrative, les sanctions semblent servir de simples outils d'appoint et il est permis de se demander s'ils servent encore tous le contrat et les contractants. Aucune cohérence ne semble de mise dans le choix de la sanction, à l'exception, peut-être, de l'auteur du prononcé de la sanction, qui semble diriger le législateur plus que le choix adapté d'une sanction à un manquement déterminé. Une nécessaire hiérarchisation devrait être considérée, ainsi que les interactions que ces sanctions peuvent avoir entre elles et leur impact.

Finalement, cela amène à s'interroger sur l'auteur de ces sanctions, le fulminateur de ces dernières. La nature de la sanction conduit à orienter l'observateur qui se rend compte qu'avec le renouvellement des sanctions en matière contractuelle, c'est la matière tout entière qui s'en retrouve bouleversée. En outre, la place donnée au demandeur de la sanction interroge également. La reconstruction d'un équilibre contractuel est à assurer par le remodelage de la sanction dans ce domaine, en prenant cette fois-ci une vision d'ensemble.

Entre les raisons théoriques, éthiques et pratiques, la réalité est rapidement confrontée au réalisme des règles juridiques actuelles. Avant de reconstruire un régime de la sanction cohérent et en adéquation avec l'essence du droit économique contractuel, à savoir la protection des contractants et du marché, il importe de connaître les vraies raisons qui ont conduit le législateur à choisir les différentes sanctions.

La diversification des sanctions en droit économique contractuel (Partie I) a nui à la lisibilité de cette dernière, par manque de cohérence dans l'élaboration de la norme et le choix de la sanction adéquate. Par conséquent, va s'ensuivre un impératif remodelage de la sanction en droit

économique contractuel (Partie 2) en vue de retrouver une cohésion entre les différentes sanctions de ce domaine.

PARTIE 1. LA DIVERSIFICATION DES SANCTIONS EN DROIT ECONOMIQUE CONTRACTUEL

PARTIE 2. L'IMPERATIF REMODELAGE DE LA SANCTION EN DROIT ÉCONOMIQUE CONTRACTUEL

PARTIE 1. LA DIVERSIFICATION DES SANCTIONS EN DROIT ECONOMIQUE CONTRACTUEL

28. Présentation. « *La somme des difficultés qu'il faut surmonter pour embrasser les sanctions contractuelles sans trop les étreindre est tout simplement dantesque* »¹⁷⁵. Ce constat de Monsieur Denis MAZEAUD à l'évocation d'une étude des sanctions en droit des contrats a de quoi intriguer, mais il ne faut pas pour autant en être effrayé. Si le contrat est un outil juridique civil qui présente la particularité d'être en principe régi par les parties, le législateur a dû élaborer un certain nombre de règles pour sanctionner les manquements contractuels, qu'ils soient liés à la formation ou à l'inexécution du contrat. Traditionnellement, ce sont les sanctions civiles qui sont venues encadrer la relation contractuelle. Le droit commun dispose ainsi de sanctions diverses qui ont évoluées très lentement depuis l'entrée en vigueur du Code de 1804. Sans être resté immobile, le droit des contrats a poursuivi une évolution de source principalement jurisprudentielle pendant près de deux siècles. Ce n'est que grâce à la réforme du droit des obligations consacrée par l'Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 que le législateur s'est finalement emparé de la question, consacrant de nombreuses avancées jurisprudentielles. Toutefois si le droit commun des contrats a poursuivi un processus lent d'évolution des sanctions civiles, il a dû composer avec une transformation fulgurante du droit spécial des contrats, particulièrement en droit économique, qui a institué de nombreuses sanctions non civiles pour régir les relations contractuelles. Aujourd'hui, l'arsenal de sanctions répressives est tel qu'il en vient à brouiller la lisibilité des sanctions du droit économique contractuel. L'évolution des sanctions civiles (Titre 1), marquée par un récent regain, n'a pu empêcher une explosion des sanctions non civiles (Titre 2), lesquelles viennent bouleverser la pratique contractuelle.

¹⁷⁵ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Collection L'esprit du droit, Dalloz, 2012, p.235.

TITRE 1. L'EVOLUTION DES SANCTIONS CIVILES.

29. Présentation. L'étude des sanctions encadrant les relations contractuelles met en évidence des sanctions de trois natures différentes : si les sanctions civiles apparaissent classiques, la présence des sanctions pénales et, au surplus, administratives, interroge particulièrement, à tel point qu'il serait tentant d'y consacrer tous les propos. Toutefois, l'existence des sanctions civiles et leur régime est indispensable à la compréhension des sanctions non civiles. Elles constituent la sanction naturelle du droit contractuel et leur étude est indispensable. Elle doit même précéder tout autre approfondissement.

Tout d'abord, parce que le point de départ de l'étude est éminemment civil : il s'agit avant tout d'une étude sur l'outil juridique par excellence, le contrat, et des sanctions l'entourant. Sanction naturelle du contrat, la sanction civile doit nécessairement avoir une place dans une étude portant sur le contrat et ses différentes sanctions. Ensuite, l'étude préalable des règles civiles s'impose par l'influence fondamentale que celles-ci ont eu sur la création et la mise en place des sanctions non civiles. La faiblesse, le manque de pertinence et d'efficacité des sanctions civiles en droit des contrats, leur insuffisance à réguler le droit contractuel, associés aux nombreuses lacunes des procédures civiles existantes en la matière ont inexorablement poussé le législateur à conduire des politiques contractuelles tentant de renouveler sans cesse « le droit comminatoire » à l'encontre des contractants malveillants. Enfin, l'étude « préalable » des sanctions civiles contractuelles et des règles procédurales les régissant est nécessaire pour comprendre la construction de nombreuses normes législatives contemporaines, lesquelles ne s'élaborent plus domaine par domaine (pénal, administratif ou civil) mais, au contraire, utilisent le panel de sanctions existantes afin de proposer une solution adaptée à chaque manquement contractuel constaté.

Ainsi, l'examen des sanctions civiles classiques entourant le droit des contrats doit se faire non pas dans une visée exhaustive, mais en recherchant les lacunes de chacune d'entre elles ayant pu conduire le législateur à trouver un secours auprès des sanctions non civiles, ce qui permettra d'expliquer les déficiences actuelles dans la protection des contractants et des contrats (Chapitre 1). Le renouvellement permanent du droit s'est également traduit en matière de sanctions civiles. Afin de pallier les difficultés rencontrées avec les sanctions civiles classiques, progressivement

le droit français se dote de de sanctions civiles nouvelles qui, au regard de leurs particularités, permettent même de faire douter de leur nature réellement civile (Chapitre 2).

Chapitre 1. Les sanctions civiles classiques à l'efficacité limitée

30. Présentation. Le but de cette étude n'est pas de contester la sanction civile, au contraire. Elle est indispensable au système contractuel actuel et il ne saurait y avoir de droit des contrats sans sanction civile aux manquements constatés. Toutefois, les sanctions civiles existantes et leurs fonctions permettent de comprendre en partie le choix qui s'est imposé au législateur de recourir aux sanctions non civiles pour venir protéger la relation contractuelle et les contractants. En effet, leur efficacité peut sembler limitée.

Pourtant, le droit civil n'est pas resté imperméable aux évolutions contemporaines : il évolue, s'appuyant sur les commentaires de la doctrine, prenant en considération le droit européen et international et sur l'évolution du droit spécial des contrats qui va directement l'influencer. Ainsi que le soulignait Nicolas BOILEAU : « *Hâtez-vous lentement, et sans perdre courage, Vingt fois sur le métier remettez votre ouvrage, Polissez-le sans cesse, et le repolissez, Ajoutez quelquefois, et souvent effacez* »¹⁷⁶. En l'espèce, c'est précisément ce qui s'est passé avec les sanctions en matière contractuelle. Le législateur ne cesse de les faire évoluer, de les manier, de les remodeler, afin d'aboutir à un système sanctionnateur optimal, influencé parfois par le droit spécial, à l'image des clauses réputées non écrites, souvent en commençant par le droit spécial¹⁷⁷ où les modifications législatives sont souvent plus aisées¹⁷⁸. À cet égard, la réforme du droit des obligations de 2016 a eu un rôle majeur sur les sanctions civiles. D'ailleurs, Monsieur Denis MAZEAUD affirme à propos de la nouvelle section du Code civil relative aux sanctions de l'inexécution du contrat qu'elle est « *parmi les plus innovantes de la réforme issue de l'ordonnance* »¹⁷⁹ de 2016. En effet, l'impact de la réforme de 2016 a été remarquable puisqu'elle a permis une meilleure lisibilité de la sanction de l'inexécution contractuelle, en regroupant enfin toutes les sanctions¹⁸⁰ qui s'y attachent. Cette remodelisation s'accompagne, en outre, d'un choix de sanctions mieux

¹⁷⁶ N. Boileau, *L'art poétique*, 1674.

¹⁷⁷ Ce qui est le cas pour les clauses réputées non écrites ou le droit à la déchéance.

¹⁷⁸ Sur l'influence du droit spécial sur le droit commun des contrats : v. Ch. Goldie-Génicon, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009.

¹⁷⁹ D. Mazeaud, « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p.2477.

¹⁸⁰ *Ibid.* V. aussi sur la question : B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021, p. 245 et s., n°282 et s. ; D. Houtcief, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigme, 6^e éd., 2021, p.680, n° 937 ; M. Mekki, « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », *Gaz. Pal.* 5 juill. 2016, p. 16.

adaptées, laissant plus de place aux décisions unilatérales, en vue de favoriser la sécurité dynamique des contrats, au détriment de la sécurité statique. Fort encadrées, elles risquent néanmoins de se révéler toujours insuffisantes, qu'il s'agisse de sauver la relation contractuelle ou de dissuader le contractant mal intentionné qui souhaiterait ne pas respecter les règles imposées.

Que les sanctions impactent directement le contrat (Section 1) ou le contractant (Section 2), les sanctions civiles actuelles, essentielles, peinent néanmoins à protéger totalement les contractants victimes contre des auteurs qui ont très souvent une grande force économique.

Section 1. Les sanctions impactant directement le contrat

31. Présentation. Affirmer que le contrat est la loi des parties revient à conférer au contrat une valeur solennelle forte, même si, dans bien des situations, le contrat n'est soumis à aucun formalisme. La force accordée au contrat va se traduire à travers la protection qui lui est accordée. Il n'est pas possible de remettre en cause le contenu du contrat sans une commune volonté des parties et les parties doivent obligatoirement s'exécuter, au risque de subir des sanctions diverses. Ces dernières viennent aussi bien sanctionner le non-respect des conditions de formation du contrat - de forme ou de fond - que son inexécution. Traditionnellement, la sanction civile contractuelle se traduit par un impact majeur sur le contrat, la remise en cause du contrat étant généralement retenue, en particulier lorsqu'un vice entache les conditions de validité de formation du contrat (I). Cependant, retenir un anéantissement du contrat n'est pas toujours la solution la plus pertinente pour le contractant victime, qui peut voir dans le maintien du contrat à des conditions modifiées une sanction plus appropriée, puisqu'il n'a pas toujours intérêt à voir le contrat disparaître (II). Ces différentes sanctions contractuelles, pour

intéressantes qu'elles soient, s'avèrent néanmoins limitées dans leur utilité et leur efficacité, ce qui contribuera au développement des sanctions non civiles.

I. La remise en cause du contrat par la sanction civile.

32. Une remise en cause discutée. La sanction la plus élevée du contrat consiste en la disparition de ce dernier. Un contrat, qu'il soit entaché de vices dès l'origine ou qu'il soit mal exécuté, sera voué à disparaître, rétroactivement ou non, si un des contractants en fait la demande. Au regard de la protection des contractants, l'intérêt principal est de ne pas les maintenir dans une relation contractuelle vouée à l'échec. Dès lors, la disparition des contrats semble être une sanction assez pertinente. Cependant, si l'anéantissement du contrat porte un intérêt certain, il peine à garantir une protection suffisante des contractants, et particulièrement de ceux qui appellent une protection renforcée. La mise en œuvre de ces sanctions ne se révèle pas sans difficulté pour les contractants, ce qui peut les rebuter à agir. En outre, la disparition du contrat n'est pas toujours dans l'intérêt des parties lésées, qui peuvent au contraire avoir tout intérêt à voir leur contrat perdurer. La pertinence de la sanction peut donc être discutée tant au regard des conditions de sa mise en œuvre (A) qu'au regard des contractants (B).

A. La pertinence discutée de la sanction au regard des conditions de mise en œuvre

33. Le pouvoir de sanctionner, un droit principalement accordé au juge. Le juge, « *bouche de la loi* » pour MONTESQUIEU, est traditionnellement considéré comme l'acteur fondamental de la mise en œuvre et du prononcé des sanctions contractuelles, qu'il s'agisse de la formation ou de l'exécution des contrats. Toutefois, ce recours au juge reste un frein pour les contractants qui n'osent souvent pas agir en justice pour de petits litiges (1). En outre, quand est laissée la possibilité aux parties de mettre en place des sanctions unilatéralement, ils prennent un véritable

risque car leur décision peut être contestée en justice par le débiteur. Ce sera alors au créancier de démontrer qu'il a bien agi en engageant de telles sanctions (2).

1. Le frein du recours au juge

34. Le contrat, la loi des parties sanctionnée par le juge. Il est usuel de dire que le contrat est la loi des parties, traduisant ainsi l'ancien article 1134 alinéa 1^{er} du Code civil : « *Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites* ». Cette maxime, inspirée par DOMAT¹⁸¹, traduit très bien l'importance de la volonté des parties contractantes dans l'élaboration de la norme contractuelle. Cependant, cette importance est largement à relativiser en matière de sanctions. En effet, la sanction du contrat est en principe effectuée par le juge. Monsieur Alain BÉNABENT affirme d'ailleurs à propos de la sanction de la nullité du contrat que « *le principe en droit français est que l'intervention du juge est nécessaire pour faire prononcer la nullité d'un contrat. Quel que soit le vice dont on prétend le contrat entaché, on ne peut se faire justice à soi-même : le contrat reste donc obligatoire tant qu'il n'est pas annulé* »¹⁸². Cette affirmation aurait d'ailleurs pu être étendue à l'ensemble des sanctions du droit des contrats, tant l'intervention du juge semble, ou du moins semblait, un préalable indispensable. La réforme du droit des obligations de 2016 est venue quelque peu tempérer ce principe, même si la volonté des parties reste encore très relative en matière de sanctions.

35. L'intervention traditionnelle nécessaire du juge. Le recours au juge pour le prononcé des sanctions contractuelles est une constante en droit civil. La sanction civile impose traditionnellement l'intervention juridictionnelle pour pouvoir être exécutée, ce qui garantit un contrôle réel de l'inexécution ou de la malformation du contrat. D'ailleurs, le prononcé de la nullité en est un des meilleurs exemples, puisque son prononcé ne peut être effectué unilatéralement¹⁸³. La même solution s'impose en matière de clauses réputées non-écrites, alors que la formule pourrait laisser croire que le recours au juge n'est pas nécessaire puisqu'il suffirait

¹⁸¹ « Les conventions étant formées, tout ce qui a été convenu tient lieu de loi à ceux qui les ont faites ; et elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement commun, ou par les autres voies qui seront expliquées dans la section VI », *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, 1^{re} partie, Livre premier, titre I, section II, VII. », in L. Aynès, « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, Dossier : « loi et contrat », mars 2005.

¹⁸² A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19^e éd., 2021., p.192, n°207.chant

¹⁸³ Une nullité conventionnelle peut dorénavant être mise en œuvre, cf. *infra*, n°36.

de considérer cette clause comme « inexistante »¹⁸⁴. En outre, le même constat peut être réalisé en matière d'inexécution contractuelle, le rôle du juge étant indispensable pour la mise en œuvre des sanctions prévues. Qu'il s'agisse de la résolution du contrat, de l'exception d'inexécution ou de la réduction du contrat, la sanction ne pouvait être que judiciaire¹⁸⁵.

36. Le maintien d'un rôle majeur accordé au juge après la réforme. Si la réforme du droit des obligations de 2016 est venue redonner un peu de pouvoir aux parties en ce qui concerne les sanctions contractuelles, ce dernier reste minime au regard de la mainmise toujours prégnante du juge en la matière. En effet, la mise en place de la nullité conventionnelle n'efface pas l'absence toujours remarquable de la nullité unilatérale. Il est en effet interdit de prononcer la nullité par notification, ce qui doit protéger la partie faible d'une action malvenue de la part de la partie forte du contrat. Toutefois, à l'inverse, il est possible de critiquer le fait que la partie faible au contrat ne puisse pas se libérer d'un contrat nul en son principe par une simple notification. Elle devra à tout le moins solliciter l'accord de son contractant ou saisir un juge, ce qui entraînera des frais supplémentaires et du temps perdu. De plus, même si la réforme du droit des obligations a permis d'étendre les pouvoirs des créanciers et leur marge de manœuvre dans le prononcé de sanctions unilatérales¹⁸⁶, le rôle du juge reste encore primordial. Il est toujours possible d'y recourir, et cela est même souvent obligatoire, ou du moins vivement conseillé. Ce recours au juge tend à restreindre le recours aux sanctions de la part des créanciers les plus faibles. Partant, ils n'osent pas engager de procédures pour des litiges engageant souvent de faibles sommes, du moins à titre individuel et préfèrent ne pas agir plutôt que de risquer de perdre un procès qu'ils voient à juste titre comme coûteux et chronophage¹⁸⁷. Enfin, la caducité laisse encore perplexe. Consacrée par le législateur à l'occasion de la réforme du droit des obligations de 2016, la lecture des articles 1186 et 1187 qui lui sont consacrés interroge quant au rôle que doit tenir le juge dans sa mise en œuvre. Aucune action en justice ne semble imposée, même si cette interprétation laisse sceptique aujourd'hui de nombreux auteurs, comme Messieurs Olivier DESHAYES, Thomas GENICON et Yves-Marie LAITHIER¹⁸⁸ ou encore

¹⁸⁴ Sans toutefois la confondre avec l'inexistence du contrat, toujours discutée actuellement. Sur cette question, v. not. Y. Buffelan-Lanaure et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 2021, 17^e éd., p. 515 et 516, n°1529 et s.

¹⁸⁵ La jurisprudence avait tenté de tempérer cette rigueur, à l'image de tous les différents avant-projets de réforme V. not : S. Tisseyre, « Résolution judiciaire : de l'analyse des torts à l'analyse de la volonté » –D. 2018, 2213 ;

¹⁸⁶ Cf. *infra*, n°37.

¹⁸⁷ Sur cette question de l'impact psychologique, cf. *infra* n°403 et s.

¹⁸⁸ O. Deshayes, Th. Génicon et Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018, p. 348 et s.

Monsieur François CHÉNEDÉ¹⁸⁹, qui doutent de l'automaticité de la caducité sans avoir à passer par un juge. Cela demandera des éclaircissements de la part de la jurisprudence.

2. Le risque de l'exécution individuelle

37. L'apport de la réforme de 2016, un recours plus étendu aux sanctions effectuées par les parties. La prise en considération de la volonté des parties dans les sanctions contractuelles est un des points importants de la réforme de 2016. Ce recours à la volonté unilatérale s'inscrit dans un mouvement de fond en matière de sanctions contractuelles, qui s'est développé tant d'un point de vue européen que d'un point de vue interne, qu'il s'agisse de la doctrine, de la jurisprudence ou des avant-projets de réforme. On observe ainsi une plus grande place accordée à la sanction privée en matière contractuelle, qu'il s'agisse de la formation du contrat ou de son inexécution, dans la dernière réforme. En matière de formation du contrat tout d'abord, la consécration de la possibilité pour les parties de prononcer la nullité conventionnelle du contrat est particulièrement intéressante, puisqu'elle implique une vraie prise en main du contrat par les contractants, de sa création à sa destruction¹⁹⁰. Cela semble somme toute assez logique, puisque ce que le contrat peut faire, il peut le défaire. Par conséquent, si les parties se rendent compte d'un vice entachant le contrat, ils auront la possibilité de conclure par eux-mêmes à la nullité du contrat. Cela suppose néanmoins un accord entre les parties, puisque la nullité unilatérale reste totalement interdite en droit français, malgré sa présence dans de nombreux textes européens¹⁹¹ et de droits étrangers¹⁹².

C'est toutefois en matière de sanctions de l'inexécution du contrat que le poids accordé à la volonté unilatérale s'est révélée le plus important. En effet, dans le cadre de la résolution du contrat, le législateur consacre un véritable pouvoir unilatéral sur la survie du contrat initial au contractant s'estimant victime d'une inexécution ou d'une mauvaise exécution. Il s'agit ici d'une consécration de la jurisprudence antérieure, qui admettait déjà cette possibilité depuis les années

¹⁸⁹ Fr. Chénéde, « L'achèvement de la réforme du droit des contrats et des obligations : la ratification et la modification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Famille* 2018, p.258.

¹⁹⁰ C. civ., art 1178 al. 1^{er} *in fine* : « La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord ».

¹⁹¹ *Principes Unidroit*, art. 3.2.11 et *Principes européens du droit des contrats*, art. 4.112, Code Gandolfi, art. 148.1 ; DCFR, art. II. 7.209.

¹⁹² V. sur ce point : J.-F. Hamelin, « le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 9 déc. 2014, n°245, spéc. n°3.

1990¹⁹³. Inspiré de l'avant-projet TERRÉ¹⁹⁴, l'article 1224 du Code civil a la particularité de reléguer la résolution judiciaire en dernier, ce qui signifie que le législateur souhaite privilégier les modes de résolution conventionnels ou unilatéraux avant, à défaut, de recourir au juge¹⁹⁵.

38. Des sanctions risquées. La mise en œuvre de ces sanctions unilatérales n'est cependant pas sans risques pour le créancier de l'obligation. En effet, l'article 1226 du Code civil précise clairement que le contractant peut « à ses risques et périls, résoudre le contrat par voie de notification ». Faire le choix de résoudre le contrat unilatéralement n'est donc pas sans risque : l'expression « à ses risques et périls » mettant en garde de façon très claire le créancier. L'inexécution du débiteur qui va donner lieu à la résolution doit être effectivement suffisamment grave, le niveau de gravité étant contrôlé par le juge comme le confirme l'alinéa 4 de l'article 1226 du Code civil. Ainsi, le contractant responsable de la résolution unilatérale pourra être poursuivi par le débiteur de l'obligation inexécutée ; ce sera à lui de démontrer que sa résolution est justifiée.

On observe donc un changement d'optique : alors que le contractant victime de l'inexécution se trouvait en position favorable tant qu'il n'avait pas mis en œuvre la sanction de son propre chef, il bascule dans une position assez inconfortable dans laquelle il devra prouver devant le juge qu'il n'a pas agi de manière disproportionnée au regard de la situation de fait. Le poids du soupçon change alors de tête pour se porter sur la victime initiale de l'inexécution ou de la mauvaise exécution du contrat, se retrouvant mis en accusation devant un juge qu'il cherchait à fuir en mettant unilatéralement en œuvre la sanction de l'inexécution contractuelle.¹⁹⁶

39. Transition. La sanction ultime du contrat, à savoir son anéantissement, rétroactif ou non, conduit le législateur à se montrer prudent dans sa mise en œuvre, en privilégiant toujours le

¹⁹³ Sur un bref historique de la question, v. G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018, p. 603 et s., n°653.

¹⁹⁴ Avant-projet Terré, art. 108 : « la résolution d'un contrat résulte soit de l'application d'une clause résolutoire, soit en cas de grave inexécution, d'une demande en justice ou d'une notification ».

¹⁹⁵ Toutefois, il est à préciser que la résolution judiciaire peut toujours être demandée.

¹⁹⁶ On retrouve les mêmes difficultés dans les autres sanctions impliquant un pouvoir de décision unilatérale du contrat, comme la réfaction du contrat ou l'exception d'inexécution qui, si elles maintiennent le contrat, constituent également un risque majeur pour le créancier qui pourra voir le débiteur l'assigner en justice pour démontrer que la sanction n'était pas justifiée. Sur la question. V. not : Ch. Albiges, *Répertoire de droit civil*, v° « Équité civile », oct. 2017 (actualisation janv. 2019) ; K. de la Asuncion Planes, *La réfaction du contrat*, préf. Y. Picod, LGDJ, 2006 ; P. Jourdain, « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », *Libre Droit. Mél. Ph. le Tourneau*, Dalloz, 2007, p. 448 s. – D. Mazeaud, « La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ? », *Mél. M. Germain*, LexisNexis, 2015 ; W. Dross, « l'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p.1 ; S. Guérin et N. Genty, « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat* 2017, p.17 ; Ch. Atias, « Les « risques et périls de l'exception d'inexécution (limites de la description normative) », *D.* 2003, p.1103.

recours au juge. Si les parties peuvent parfois tenter de s'émanciper de la tutelle du juge, ils le font alors à leurs risques et périls, car ce dernier pourrait retrouver un rôle majeur en cas de contestation de la sanction unilatérale. Si les conditions de mise en œuvre des sanctions impactant le contrat portent des limites indéniables à la protection des parties, ce qui concourra à se tourner vers des sanctions non civiles, il s'avère que les contractants victimes n'ont pas toujours intérêt à voir mis en œuvre les sanctions entraînant la disparition du contrat. De plus, l'impact relatif de la sanction sur l'auteur d'un manquement conduit à s'interroger sur la pertinence de la sanction civile sur les contractants.

B. La pertinence discutée de la sanction au regard des contractants

40. Présentation. La sanction civile en droit des contrats a, comme cela vient d'être étudié, des conséquences fortes sur le contrat, puisqu'il peut aller jusqu'à sa destruction, que ce soit dans le cadre de la formation ou de l'exécution du contrat. Toutefois, derrière ces contrats se trouvent des contractants, personnes physiques ou morales. Or, ces sanctions peuvent revêtir des intérêts divers pour ces parties contractantes, relativisant l'intérêt de la sanction et son effectivité pour ces dernières. Il s'agit alors de déterminer quels freins existent à la remise en cause du contrat par la sanction civile au regard des parties. Il apparaît alors qu'en matière de droit spécial des contrats, et particulièrement en droit de la consommation, les contractants vont ressentir bien différemment la sanction anéantissant le contrat. Les victimes font bien souvent face à une absence d'intérêt pour le recours à ces sanctions (1), tandis que l'auteur n'en ressentira que peu l'impact (2).

1. L'absence d'intérêt de la sanction pour la victime

41. L'anéantissement du contrat, une sanction essentielle radicale. L'existence de sanctions telles que la nullité et la résolution du contrat sont essentielles. Elles permettent bien souvent à un contractant victime de se désengager d'une relation contractuelle mal formée ou inexécutée. Il faut ainsi rappeler le rôle fondamental de la nullité, prévue aux articles 1178 et suivants du Code civil¹⁹⁷, pour apurer des situations contractuelles toxiques, notamment quand

¹⁹⁷ C. civ., art. 1178, al. 1 et 2 : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. Le contrat annulé est censé n'avoir jamais existé. »

des vices de consentement sont constatés. D'ailleurs, ce rôle fondamental attribué à la nullité reste très présent dans le système contractuel actuel, puisqu'il s'agit d'une sanction qui a toujours les faveurs du législateur dans les différentes réformes, que ce soit au travers de la réforme du droit des contrats de 2016 ou des réformes du droit de la consommation et du droit de la concurrence. Le législateur accorde toujours un rôle fondamental à la sanction de la nullité, à tel point qu'en présence d'incriminations pénales, la nullité est bien souvent de droit, quand bien même le législateur ne l'a pas expressément affirmée¹⁹⁸. C'est notamment le cas en matière de pratiques commerciales trompeuses¹⁹⁹. Prévues aux articles L.121-2 et suivants du Code de la consommation, les pratiques commerciales trompeuses font certes l'objet de sanctions pénales, mais le législateur n'a pas prévu de sanctions civiles, contrairement aux pratiques commerciales agressives. Toutefois, la jurisprudence considère, sur le fondement de l'article 6 du Code civil, que le contrat « *qui sera souscrit en violation des règles pénales sera contraire à l'ordre public* »²⁰⁰ et devra donc être sanctionné par la nullité. Infractions pourtant voisines, c'est le législateur qui va prévoir en matière de pratiques commerciales agressives l'existence d'une nullité de plein droit²⁰¹. Cela constitue une réelle garantie pour les contractants victimes, qui pourront sortir d'une situation contractuelle²⁰².

42. L'anéantissement du contrat, une sanction parfois trop radicale. Souvent, les sanctions entraînant la destruction du contrat, bien qu'essentielles, n'en restent pas moins souvent excessives et pas en accord avec la volonté des contractants victimes. Ainsi que le soulignent Messieurs Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE et Malo DEPINCÉ, la sanction de la nullité est inadaptée aux besoins du consommateur : « *la nullité du contrat ne le satisfait pas ; ce qu'il désire c'est obtenir une chose ou un service qui réponde à son attente* »²⁰³. Effectivement, en matière consumériste particulièrement, le contractant victime n'a pas forcément intérêt à voir le contrat disparaître. D'une part, il peut se trouver face à un contractant dans une position de monopole ou de quasi-monopole, comme en matière de fourniture d'énergie ou de téléphonie. Dans ce cas, il lui sera difficile, voire impossible, de trouver un autre partenaire contractuel pour

¹⁹⁸ Sur cette question, v. not. E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, 2014, p. 198 et s., n°279 et s.

¹⁹⁹ Sur cette question de l'impact des sanctions entre elles, cf. *infra*, n°393.

²⁰⁰ Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 5^e éd., 2021, p. 128, n°161.

²⁰¹ C. consom., art. L. 132-10 : « *Le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale agressive mentionnée aux articles L. 121-6 et L. 121-7 est nul et de nul effet.* ».

²⁰² Sur la question de savoir si le passage devant un juge est néanmoins nécessaire, cf. *infra*, n°393.

²⁰³ J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2020, p.254, n°222.

l'exécution de la prestation souhaitée²⁰⁴. D'autre part, il peut se trouver dans une situation où il est dans l'obligation de contracter. Outre la question de la prestation de fourniture d'énergie, encore présente ici, on peut penser à tout ce qui relève des contrats d'assurances ou des contrats auprès des établissements bancaires. Même si une certaine offre existe dans ces domaines, il n'en reste pas moins que le consommateur se retrouve dans l'obligation de contracter et qu'il n'aura pas forcément intérêt à voir son contrat disparaître. L'exemple du contrat de prêt est particulièrement parlant, car le consommateur ne souhaite pas voir le contrat annulé lorsque l'établissement bancaire n'a pas respecté ses obligations légales, notamment de respect des délais²⁰⁵. Si la sanction devait être prononcée, alors il se verrait dans l'obligation de rembourser les sommes perçues directement, ce qui ne serait pas du tout dans son intérêt, la sanction du contrat se retournant contre lui.

43. Transition. Il faut donc être vigilant sur ces différentes sanctions entraînant la disparition du contrat, qu'il s'agisse de la nullité ou de la résolution du contrat pour inexécution, car le contractant victime peut avoir au contraire tout intérêt à ce que le contrat soit maintenu. En outre, ces sanctions se révèlent parfois insuffisantes pour impacter réellement le contractant fautif et le dissuader.

2. L'absence d'impact de la sanction pour l'auteur

44. Un impact relatif dans les contrats d'adhésion. Les sanctions impactant le contrat priveront l'auteur de la faute contractuelle de la réalisation de l'objet du contrat. Cependant, il faut fortement relativiser l'impact de ces sanctions à l'égard de l'auteur en matière économique lorsque ce dernier est un professionnel et qu'il fait souscrire des contrats d'adhésion. En droit de la consommation notamment, il est usuel que les opérateurs économiques, professionnels, concluent avec des milliers de consommateurs des contrats types. Or, au nom de l'effet relatif

²⁰⁴ En outre, les établissements qui se trouvent dans une situation de quasi-monopole ont tendance à aligner leurs contrats et leurs règles commerciales les uns sur les autres. Parfois, ce sont même des ententes qui sont mises à jour par l'Autorité de la concurrence, notamment en matière de téléphonie : Cons. const., Décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile ». Dans cette décision, le Conseil de la concurrence a condamné les trois principaux opérateurs téléphoniques à une amende totale de 534 millions d'euros : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/1er-decembre-2005-entente-sur-le-marche-de-la-telephonie-mobile> ; BOCC 29 avr. 2006 ; *Contrats conc. consom.* 2006, n° 9, obs. Malaurie-Vignal ; RDLC 2006, n° 1, p. 129 et 131, obs. Claudel ; CCE 2006, n° 83, obs. Chagny.

²⁰⁵ Sur le crédit à la consommation : C. consom., art. L.312-1 et s. ; sur le contrat immobilier : C. consom. Art. L.313-1 et s.

des contrats et des décisions de justice, la sanction d'un contractant dans le cadre d'un litige n'aura d'effet que pour la situation en question. Cela n'aura pas d'impact sur les autres contrats conclus. Le prononcé de l'anéantissement d'un contrat seul n'aura alors que peu d'impact sur le contractant fautif dans le cadre des contrats de consommation.

45. Un impact répressif inexistant. L'objet principal de la sanction civile n'est certes pas la répression. Le but est de garantir la bonne mise en œuvre des dispositions contractuelles et de protéger les contractants victimes en permettant le rétablissement d'un équilibre contractuel disparu par le fait du contractant fautif. Toutefois, l'impact sur ce dernier peut se révéler bien différent selon les situations. En effet, lorsque deux contractants concluent un contrat dans le cadre du droit commun, on présume une certaine égalité entre les parties et un intérêt commun à voir le contrat aboutir. La disparition du contrat comme sanction serait alors néfaste au contractant fautif. En pratique, si cela n'est pas totalement faux, il faut néanmoins fortement relativiser l'impact de la sanction civile sur le contractant. Ainsi, l'absence d'effet répressif de la sanction de la disparition du contrat n'incitera pas le contractant fautif à ne plus recommencer. L'anéantissement d'un contrat parmi des milliers d'autres aura autant d'effet que de tenter d'écoper l'eau d'une barque dans une mer déchaînée à la petite cuillère : ce sera inutile. Dès lors, il est compréhensible que le législateur se soit tourné vers d'autres mécanismes plus dissuasifs afin de tenter de contrer les violations des règles contractuelles, particulièrement les sanctions non civiles, pénales d'abord et administratives ensuite.

46. Transition. L'anéantissement du contrat, par la nullité du contrat ou sa résolution, est essentiel. Il ne faut en aucun cas dénier l'intérêt de ces sanctions civiles qui s'avèrent fondamentales. Le législateur l'a bien compris, en maintenant ces sanctions au sein du droit économique contractuel au fur et à mesure des différentes réformes. Cependant, elles ne sont pas toujours la réponse adéquate ou suffisante aux situations d'espèce, ce qui a conduit le

législateur à recourir aux sanctions non civiles. C'est pourquoi la disparition du contrat n'est pas toujours la sanction retenue. De plus en plus, la sanction permet le maintien du contrat.

II. Le maintien du contrat grâce à la sanction civile

47. Présentation. Le choix du maintien ou non du contrat doit non seulement dépendre de la règle juridique violée²⁰⁶, mais également de l'impact que cela peut avoir pour le contrat et le contractant. Or, le maintien du contrat grâce à la sanction civile s'avère de plus en plus privilégié, ce qui permet de relativiser l'intérêt porté aux sanctions non civiles. « *Il faut sauver le soldat « contrat» !* », tel pourrait être un des leitmotifs du législateurs ces dernières années. La réforme du droit des contrats de 2016 l'a d'ailleurs parfaitement illustrée, consacrant en droit commun des mécanismes sanctionneurs qui permettent de préserver le contrat de toute solution plus radicale. De la formation du contrat à son exécution, le droit français pourvoit le contractant de nouvelles sanctions qui ne conduisent plus forcément à l'anéantissement du contrat, et qui vont particulièrement se matérialiser dans le réputé non écrit et dans la réduction de prix. Il s'agit en réalité plus d'une consécration que d'une révolution, puisque ces deux sanctions existaient déjà auparavant dans d'autres domaines. En outre, la volonté de faire survivre le contrat n'est pas nouvelle. Si elle s'est accélérée ces dernières années, elle était déjà recherchée depuis un certain temps comme le montre très bien dans ses travaux Madame Sophie GAUDEMET²⁰⁷. Cependant, même si les discussions étaient déjà présentes, ces solutions sont apparues assez tardivement, entraînant une concurrence avec les sanctions non civiles (A). En outre, le maintien à tout prix de la relation contractuelle peut parfois s'avérer risqué et contre-productif pour la victime (B).

A. Le maintien modifié du contrat, une sanction concurrencée

48. Présentation. Le législateur, face aux constats et critiques de la doctrine, a progressivement pris la mesure de l'impact parfois néfaste pour les contractants et le contrat de l'anéantissement du contrat, qu'il résulte d'un vice dans la formation du contrat ou d'une mauvaise exécution.

²⁰⁶ La nullité du contrat devrait toujours être privilégiée en cas de vice du consentement, le contrat ayant été conclu sans l'expression pleine et entière de la volonté des deux parties. Sur cette question, v. not. : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 19, 2002.

²⁰⁷ S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.

Par conséquent, il a cherché à développer de nouvelles sanctions permettant le maintien du contrat, lesquelles ont pris leur place en droit contractuel économique. Cependant, s'il s'agit de mécanismes sanctionneurs intéressants (1), ils se révèlent trop tardifs pour permettre une réelle concurrence avec les sanctions non civiles (2).

1. Des mécanismes sanctionneurs intéressants

49. L'avantage du maintien de contrat. La logique objective voudrait que chaque contractant souhaite se défaire le plus rapidement possible d'un engagement juridique imparfait, qu'il s'agisse d'un défaut inhérent au contrat (défaut de formation) ou d'une mauvaise exécution. Cependant, le contractant, très souvent dans la position de client, consommateur, ne dispose pas de la même marge de manœuvre que son cocontractant dans la conclusion du contrat. La liberté contractuelle, associée à son corollaire, la liberté de contracter ou non, ne sont parfois qu'illusion. De nombreuses situations conduisent ainsi à relativiser l'autonomie de la volonté dont chaque contractant dispose dans le cadre d'une relation contractuelle. Partant, si l'individu se retrouve en relation avec certaines entreprises disposant d'un monopole ou d'un quasi-monopole (fournisseurs d'énergie, entreprises de téléphonie), il ne pourra pas se satisfaire de l'annulation du contrat. Conscient du problème, le législateur a progressivement mis en place des sanctions propres à maintenir le contrat tout en sanctionnant les contractants fautifs.

50. La déchéance. Parmi les différentes sanctions permettant le maintien du contrat, la sanction de la déchéance²⁰⁸ s'est particulièrement illustrée ces dernières années en droit de la consommation. Qu'il s'agisse d'une déchéance du droit d'agir ou d'une déchéance du droit aux intérêts, cette sanction tient une place privilégiée en droit bancaire. Ainsi, la déchéance du droit d'agir a pu être opposée au créancier professionnel contre son débiteur caution, « *dont l'engagement était lors de sa conclusion, manifestement disproportionné à ses biens et revenus (...) lorsque ce dernier viole l'exigence de proportionnalité, principe qui « innerve le droit du cautionnement* »²⁰⁹ lorsque le contrat est conclu entre un professionnel du crédit et un consommateur pour Monsieur Denis MAZEAUD²¹⁰. En outre, la déchéance du droit aux intérêts devient vraiment une sanction

²⁰⁸ F. Luxembourg, *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2008 ; F. Gréau, *Répertoire de droit civil*, v° « Intérêts de sommes d'argent », Dalloz, oct. 2016 (actualisation oct. 2021).

²⁰⁹ C. consom., art. L. 313-10 ancien, abrogé par l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016.

²¹⁰ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », op. cit., p. 251 n°17.

incontournable en matière de droit du crédit²¹¹, à tel point qu'elle est même parfois automatique²¹², c'est-à-dire qu'elle sera prononcée même en l'absence de la démonstration de l'existence d'un vice de consentement²¹³ provoqué par le « *manquement du professionnel à son obligation d'information* »²¹⁴. On la retrouve notamment en cas de défaut de l'évaluation de la solvabilité de l'emprunteur²¹⁵ ou de fourniture d'informations relatives au contrat de prêt²¹⁶. Monsieur Jean CALAIS-AULOY considère que ce mécanisme de la déchéance est une « *puissante incitation à respecter la loi* »²¹⁷ pour le professionnel du crédit, puisque même la mauvaise foi du consommateur sera ici indifférente pour établir cette sanction²¹⁸. L'idée est ici, comme le souligne Monsieur Denis MAZEAUD, d'« *assurer un strict respect de la légalité* » en sanctionnant le comportement illicite des professionnels. Ils devront alors exécuter le contrat sans contrepartie, si ce n'est le remboursement de l'emprunt. Cela devrait donc les inciter à être respectueux des règles consuméristes.

51. Les clauses réputées non-écrites²¹⁹. D'autres sanctions vont dans le même sens, et particulièrement les clauses réputées non-écrites. Fortement inspiré par le droit des clauses abusives et donc le droit spécial des contrats, le droit commun des contrats s'est récemment emparé de cette sanction, notamment à l'occasion de la réforme du droit des contrats de 2016 au travers notamment de l'interdiction des clauses abusives formulée à l'article 1171 du Code civil. Ce dernier dispose en effet que sera réputée non écrite toute clause non négociable contenue dans un contrat d'adhésion et déterminée à l'avance par l'une des parties, lorsque cette clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. Le droit de la consommation, après avoir influencé les pratiques restrictives de concurrence en introduisant

²¹¹ Cass. civ. 1^{re}, 11 mai 2017, n°16-13.859.

²¹² C. consom. Art. L. 341-1 ancien (abrogé par l'Ordonnance de mars 2016). En droit commun, c'est l'article 2293 du Code civil, al.2, qui s'applique : « *Lorsque ce cautionnement est contracté par une personne physique, celle-ci est informée par le créancier de l'évolution du montant de la créance garantie et de ces accessoires au moins annuellement à la date convenue entre les parties ou, à défaut, à la date anniversaire du contrat, sous peine de déchéance de tous les accessoires de la dette, frais et pénalités* ».

²¹³ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », *op. cit.*

²¹⁴ *Ibid.*

²¹⁵ C. consom., art. L.311-9.

²¹⁶ C. consom, art. L311-6, à propos de la fiche d'information qui doit être fournie à l'emprunteur.

²¹⁷ J. Calais-Auloy, « Les sanctions en droit de la consommation », in *Les droits et le droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, Dalloz, 2006, p. 75, sp. p.81.

²¹⁸ Cass. civ. 1^{re}, 17 juillet 2001 (reprendre réf). D. 2002. Jur. 71, note D. Mazeaud, et 2001. AJ, p.2676, obs. C. Rondey ; JCP G 2002. II. 10097, nos obs. ; JCP E 2002. II. 74, obs. O. Lutun ; LPA, 1^{er} janv. 2002. 15, note V. Lasbordes ; RTD civ. 2002. 91, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2002. 145, obs. B. Bouloc ; *Garç. Pal.* 7-9 avr. 2002. 348, note F. Perret-Richard ; dans le même sens : Cass. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2002, CCC 2003, n° 47, obs. G. Raymond ; *Rev. Lamy droit des affaires (RLDA)* 2003. 56, obs. R. David.

²¹⁹ Sur cette sanction, voir particulièrement : S. Gaudemet, *La clause réputée non écrite*, préf. Y. Lequette, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.

à l'ancien article L.442-6, I, 2° du Code de commerce²²⁰ la sanction du déséquilibre significatif²²¹, séduit dorénavant le droit commun des contrats en prévoyant que les clauses abusives seront réputées non écrites, c'est-à-dire que le contrat se poursuivra sans faire application de ladite clause, ce qui se révélera défavorable au contractant qui avait inséré cette clause dans le contrat et pensait pouvoir en bénéficier. Même si cette sanction est conditionnée à l'existence d'un contrat d'adhésion et à la démonstration d'un déséquilibre significatif, cela peut néanmoins, en pratique, concerner quantitativement un très grand nombre de contrats. Cette sanction est donc d'un intérêt certain pour le contractant victime qui pourra continuer à bénéficier du contrat sans avoir à subir la mise en œuvre de la clause litigieuse. Cela permet de rétablir un certain équilibre dans la relation contractuelle. Toutefois, ainsi que le constate Monsieur Jean CALAIS-AULOY, il faut tempérer cet entrain car la mise en œuvre du réputé non écrit suppose l'intervention d'un juge. Or, les litiges contractuels, encore plus consommateurs, parviennent rarement jusque devant les prétoires²²². Les contractants ne recourent que très rarement aux tribunaux pour trancher leurs litiges, ce qui a donc pour conséquence l'absence de mise en œuvre de ces sanctions²²³.

52. Cessation de l'illicite. Le droit de la consommation connaît également le mécanisme de la cessation de l'illicite, sanction demandée par les associations de défense de consommateurs devant les tribunaux afin que les professionnels cessent leurs pratiques interdites dans tous les contrats existants. Cette sanction est très intéressante, car elle permet de toucher un plus grand nombre de contrats, particulièrement dans le cadre des contrats de consommation. Les agents de la DGCCRF peuvent également demander au juge d'ordonner la cessation de l'illicite²²⁴, notamment en matière de pratiques commerciales déloyales, qu'elles soient trompeuses ou agressives²²⁵. Néanmoins, les professionnels tendent parfois à contourner ces sanctions en rédigeant juste après de nouvelles clauses. Il s'agit donc d'une sanction intéressante mais qui doit être développée et remodelée en vue de prévenir les nouveaux méfaits des contractants. À

²²⁰ L'ancien article L.442-6 du Code de commerce a été remodelé et remplacé par quatre articles : C. com., art. L.442-1 à L.442-4 du Code de commerce, à l'issue de l'Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019.

²²¹ La sanction du déséquilibre significatif se trouve désormais à l'article L.442-1, I, 2° du Code de commerce : « Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services (...) de soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties. »

²²² J. Calais-Auloy, Droit de la consommation, p. 230, n°187.

²²³ Sur cette question, voir notamment J.-P. Heurtin et A.-M. Ho Dinh, *Le non-recours à la justice, Les trajectoires des plaintes de consommation*, Laboratoire de sociologie juridique Université Panthéon-Assas (Paris II), Mission réalisée avec la mission de recherche Droit et Justice, Juillet 2010.

²²⁴ C. consom. Article L.132-8 en matière de pratiques commerciales trompeuses.

²²⁵ Sur le développement de la sanction de la cessation de l'illicite, cf. *infra*, n°432 et s.

tout le moins, il faudrait pouvoir faire cesser l'illicite sur les contrats existants et les futurs contrats du même type.

53. Transition. Toutes ces sanctions présentent des intérêts indéniables pour les victimes de manquements contractuels. Toutefois, leur arrivée tardive au sein de l'arsenal législatif explique en partie le fait que les sanctions non civiles se soient développées parallèlement en droit contractuel.

2. Des mécanismes tardifs

54. Une réponse tardive. Si ces différentes sanctions civiles permettant le maintien du contrat au bénéfice du contractant victime apparaissent très intéressantes, notamment pour les contractants faibles, elles s'avèrent malheureusement assez tardives. En effet, le législateur a pris du temps pour prendre la mesure de l'intérêt de ces sanctions. Ainsi, la clause réputée non-écrite, intégrée au droit de la concurrence à l'occasion de la Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie (Loi LME)²²⁶, en vue de sanctionner le déséquilibre significatif, a intégré le Code civil seulement en 2016. Ces sanctions, pour intéressantes qu'elles soient, sont apparues ou se sont développées alors que les sanctions non civiles étaient déjà en plein essor²²⁷. Les sanctions pénales, déjà très présentes dans les Lois SCRIVENER de 1978 fondant le droit de la consommation²²⁸, n'ont cessé de s'imposer en droit de la consommation. À chaque réforme, de nouvelles incriminations se font jour ou les sanctions déjà existantes sont aggravées²²⁹. La mise en place des amendes pénales sanctionnées par le système de la faute lucrative est particulièrement significative²³⁰ depuis la Loi HAMON de 2014. Les sanctions

²²⁶ Sur cette réforme, v. notamment : J. Daleau, « La loi de modernisation de l'économie : quel impact sur les relations commerciales ? », *D. actualité*, 29 août 2008 ; Cl. Champaud et D. Danet, « Loi de modernisation de l'économie dite LME », *RTD com.* 2009, p.147 ; P. Le Canu et B. Dondero, Loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, *RTD com.* 2008, p.784 ; X. Delpech, « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p.2220.

²²⁷ Dans le cadre de la volonté de dépénalisation du droit des affaires, des propositions pour favoriser le renouvellement de la sanction civile ont été émises, notamment dans le cadre du Rapport Coulon sur la dépénalisation des affaires de 2008 : J.-M. COULON (Prés.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Janvier 2008.

²²⁸ 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 et Loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 appelée aussi « loi de rétractation ».

²²⁹ Cf. *infra*, n°147 et s.

²³⁰ Cf. *infra*, n°188 et s.

administratives ne sont pas en reste. Déjà existantes en droit de la concurrence, elles ont intégré le droit de la consommation par le biais de cette même loi de 2014.

Par conséquent, on constate que ces sanctions maintenant le contrat viennent en supplément des sanctions non civiles existantes plutôt qu'en remplacement. Néanmoins, il est à noter qu'elles ont un effet direct sur les victimes, au contraire des sanctions non civiles qui auront plus un impact sur les fautifs. Elles ont donc un réel intérêt et le législateur a tout intérêt à maintenir ce type de sanctions, voire à les développer.

55. Transition. Le législateur a également mis en place ces dernières années des sanctions qui permettent de maintenir l'existence du contrat malgré l'existence de manquements lors de la formation du contrat. En parallèle, il a également développé les sanctions permettant l'exécution du contrat. Elles ne sont néanmoins pas sans risque.

B. Le maintien forcé du contrat, une sanction risquée

56. Des sanctions maintenant le contrat. Le contrat n'est pas toujours voué à la disparition en cas d'inexécution, au contraire. Les sanctions d'exception d'inexécution et de réduction du prix en sont les principaux exemples. Elles vont permettre le maintien du contrat, en suspendant l'exécution de l'obligation du créancier pour l'une, et en modifiant les conditions du contrat pour l'autre. La réforme de 2016 a consacré la possibilité pour ces deux sanctions d'être prononcées unilatéralement dans certains cas, renforçant leur intérêt mais impliquant plus de risques pour le contractant responsable de leur mise en œuvre.

57. Une confiance entamée. La difficulté principale va résider dans les situations où les contractants se trouvent dans des relations contractuelles au long cours. Qu'il s'agisse de contrats à exécution instantanée ou à exécution successive, les contractants, notamment professionnels, renouvellent régulièrement leur confiance à leurs partenaires contractuels habituels en concluant à nouveau des contrats avec eux. Cependant, la mise en œuvre de sanctions unilatérales ou judiciaires permettant le maintien du contrat tout en le modifiant peut amenuiser, voire anéantir la confiance entre les parties. Dès lors, certes le contrat en question sera maintenu et exécuté, à des conditions modifiées, mais il s'agira sûrement de la dernière convention conclue entre les parties. Cette crainte de perdre des partenaires économiques souvent cruciaux pour la pérennité de l'entreprise peut conduire certains contractants à ne pas

vouloir mettre en œuvre les sanctions qu'ils ont à leur disposition, unilatérales ou judiciaires, afin de garantir des contrats ultérieurs. Au-delà de la réalité juridique de la sanction, c'est la réalité économique qui conduira souvent les contractants à ne pas agir en justice ou à ne pas mettre en œuvre unilatéralement des sanctions, par crainte de perdre des contrats futurs. La sanction économique du prononcé d'une sanction juridique est parfois plus coûteuse que le maintien d'un contrat mal exécuté ou vicié.

58. Transition. La sanction civile s'exprime de différentes manières. Si son rôle impacte très régulièrement le contrat, en le faisant disparaître, le modifiant ou au contraire en forçant son exécution, il arrive également qu'elle joue un rôle plus indirect, en affectant le cocontractant fautif. La seule influence de la sanction sur le contrat n'est pas toujours satisfaisante. En effet la disparition du contrat ou son exécution modifiée peuvent entraîner un préjudice pour le contractant victime. Parfois même, aucune sanction contractuelle impactant le contrat ne pourra être mise en œuvre car aucun contrat ne sera encore conclu ; or les manquements commis avant même tout accord contractuel doivent également être sanctionnés. L'octroi de dommages et intérêts, et plus généralement les sanctions pécuniaires, vont permettre d'indemniser les victimes tout en sanctionnant les auteurs. Cependant, ils vont se révéler insuffisants pour réprimer de façon satisfaisante les contractants fautifs.

Section 2. Les sanctions impactant directement le contractant.

59. Présentation. Au sein des sanctions civiles se trouvent des sanctions ayant un caractère pécuniaire. Si elles se caractérisent toutes par l'octroi de dommages et intérêts, elles se distinguent en principe dans leurs caractères. Les dommages et intérêts classiques se caractérisent ainsi par une fonction réparatrice essentielle, annihilant tout caractère comminatoire (I). A l'inverse, la clause pénale présente un aspect plus nuancé : d'essence comminatoire, elle se montre de plus en plus indemnitaire, quitte à en oublier le caractère punitif initial (II).

I. Le caractère comminatoire inexistant des dommages et intérêts.

60. Présentation. Les dommages et intérêts (parfois également écrits « dommages-intérêts ») sont définis par Madame Geneviève Viney comme des « *sommes d'argent que les auteurs de dommages doivent verser aux victimes en application de la responsabilité civile* »²³¹. Définition assez simple en apparence, il faut dès à présent distinguer les dommages et intérêts compensatoires des dommages et intérêts moratoires. Les premiers sont destinés à « *réparer tout dommage autre que celui qui résulte d'un retard dans l'exécution d'une obligation* »²³². Les seconds, prévus aux articles 1231-6, 1231-7 et 1343-2 du Code civil, ont pour fonction de « *réparer le préjudice résultant du retard dans l'exécution d'une obligation* ». Seuls les premiers nous intéressent ici, en tant qu'ils vont être destinés à compenser les différents préjudices subis à la suite d'une inexécution contractuelle ou d'une mauvaise exécution contractuelle. En outre, cette première définition s'applique également aux situations extracontractuelles, que nous retrouvons en matière précontractuelle. La sanction des dommages et intérêts se caractérise donc généralement par le versement d'une somme d'argent²³³ à la suite de dommages commis. Il s'agit alors d'évaluer les différents préjudices subis

²³¹ G. Viney, « Préface », in N. Cayrol (Dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016, p.1.

²³² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., MAJ, 2020, v^o « Dommages et intérêts ».

²³³ Une réparation en nature peut être envisagée dans certaines situations et a déjà été admise par la jurisprudence : Cass. civ. 2^e, 9 juill. 1981, Gaz. Pal. 1982, 1, p.109, note Chabas.

par la victime. En effet, le principe de réparation intégrale anime la détermination des dommages et intérêts (A), ce qui conduit à nier l'aspect comminatoire de cette sanction. En outre, le versement de ces dommages et intérêts se trouve également compromis par la présence de clauses limitatives de responsabilité (B).

A. Une sanction limitée par le principe de réparation intégrale.

61. Une fonction de réparation intégrale. L'ancien article 1149 du Code civil disposait que « Les dommages et intérêts dus au créancier sont, en général, de la perte qu'il a faite et du gain dont il a été privé [...] ». Ce principe immuable du droit français consiste à replacer les parties dans la situation qui était la leur avant la survenue du dommage. « *Il faut réparer le mal, faire qu'il semble n'avoir été qu'un rêve* » disait le Doyen CARBONNIER²³⁴. Cela signifie que la victime ne doit pas subir de pertes à la suite du dommage, mais elle ne doit pas non plus faire de profit. L'idée qui s'impose est que la victime ne doit pas se retrouver dans une meilleure situation que si l'obligation contractuelle avait été exécutée correctement²³⁵. Cette obligation peut s'étendre également aux victimes par ricochet²³⁶. Cette appréciation doit se faire *in concreto*, ce qui laissera aux juges une certaine autonomie.

62. Une fonction comminatoire en principe inexistante. Monsieur Yves-Marie LAITHIER affirme en outre que l'objectif principal des dommages et intérêts « *n'est en effet ni de prévenir l'inexécution, ni de punir le débiteur fautif en lui infligeant une peine privée, mais simplement de compenser le préjudice découlant de la violation de l'obligation contractuelle* »²³⁷. Dès lors, il ne peut résulter de la fulmination de dommages et intérêts aucune idée de peine privée. La Cour de cassation se

²³⁴ J. Carbonnier, *Droit civil, les obligations*, Paris, PUF, 2004, n°1114, p.2253.

²³⁵ Cass. civ. 3^e, 9 janvier 1991, n°89-16.661, Bull. civ. III, n°12 ; Cass. civ. 3^e, 19 juillet 1995, *Société Davoine c/ Syndicat des copropriétaires « Le Valsnow »*, RDI 1995, p.792, obs. P. Capoulade et Cl. Giverdon. V. également sur la question : P. Jourdain, « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », RDI 1995, p.51.

²³⁶ V not. Cass. civ. 2^e, 13 déc. 2018, n° 17-28.019, RTD civ. 2019. 353, obs. P. Jourdain. En l'espèce, la réparation intégrale de la victime par ricochet qui avait dû aménager son logement pour accueillir la victime principale, victime de dommages corporels moteur, avait été admise.

²³⁷ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, 2007, p.425, n°329.

montre constante sur la question²³⁸, voire « *intransigeante* » pour Monsieur Yves-Marie LAITHIER²³⁹.

63. Les incursions timides de la fonction comminatoire en pratique. Si la Cour de cassation se montre inflexible quant au caractère réparatoire de la sanction et au principe de réparation intégrale, les juridictions de fond se montrent parfois beaucoup plus tolérantes. Le fait que le calcul du montant des indemnités soit laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond participe largement de cette pratique. Ainsi, sans qu'il soit possible de réellement quantifier ces sommes, les juges du fond, par la découverte et l'indemnisation de multiples préjudices, déguisent parfois la sanction de dommages et intérêts en véritable peine privée²⁴⁰, ce que critiquent certains auteurs, à l'image de Monsieur Yves-Marie LAITHIER, qui préférerait une « *officialisation de la fonction punitive de la responsabilité civile* », ce qui semble en effet plus opportun car moins occulte.

Récemment, la Cour de cassation a été amenée à mettre en balance le principe de réparation intégrale avec le principe de proportionnalité. Si le nouvel article 1221 du Code civil reprend majoritairement l'ancien article 1149 du Code civil, il s'en diffère néanmoins : « *Le débiteur n'est tenu que des dommages et intérêts qui ont été prévus ou qui pouvaient être prévus lors de la conclusion du contrat, sauf lorsque l'inexécution est due à une faute lourde ou dolosive.* » Or, s'inspirant de la rédaction de ce nouvel article, la chambre commerciale de la Cour de cassation²⁴¹ a affirmé qu'« *ayant retenu qu'en divulguant des informations qu'elle savait couvertes par la confidentialité sans que cette divulgation soit justifiée par la nécessité d'informer le public sur une question d'intérêt général, la société M... avait commis une faute à l'origine d'un préjudice, c'est dans l'exercice de son pouvoir souverain et sans avoir à effectuer la recherche invoquée par la cinquième branche que la cour d'appel a évalué le montant de la réparation propre à indemniser ce préjudice* ». En l'espèce, dans le cadre d'une affaire relative à une divulgation d'informations confidentielles dans la presse, la juridiction d'appel avait fixé la condamnation à 30% du préjudice en se fondant sur une liste de postes de préjudices assez complète en apparence. En pratique, la Cour de cassation reconnaît que les causes de divulgation pouvaient procéder de

²³⁸ De nombreux auteurs font le constat de cette intransigeance, comme : G. Viney et P. Jourdain, *Traité de Droit civil* (dir. J. Ghestin, *Les effets de la responsabilité* (...), n°6 ; P. Jourdain, « Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français » in M. Fontaine, G. Viney (dir.), *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*. Etudes de droit comparé, Bruylant, Coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, 2001, n°22, p.286.

²³⁹ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p.425, n°330.

²⁴⁰ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p.425, n°330.

²⁴¹ Cass, Com, 13 juin 2019, n° 18-10688, *Consolis c/ Mergermarket* : R. Le Guehec, « Confidentialité des procédures de prévention des difficultés des entreprises : le droit à l'information malmené », *Légipresse* 2019, p.474.

causes multiples, étrangères aux articles de presse du défendeur, rendant ténue la démonstration d'un lien de causalité. Ce recours à la proportionnalité tend peu à peu à se faire jour²⁴², même si elle reste clairement insuffisante aujourd'hui à confier un caractère comminatoire à la sanction de dommages et intérêts.

64. Transition. Le rôle des dommages et intérêts est donc essentiellement réparatoire, ce qui exclut tout caractère comminatoire. Cette première limitation au rôle des dommages et intérêts classiques se double en pratique d'une autre contrainte : l'existence des clauses limitatives de responsabilité.

B. Une sanction limitée par les clauses limitatives de responsabilité

65. Présentation. Le rôle essentiel des dommages et intérêts dans la réparation des préjudices se trouve en pratique contré par des obstacles, que sont les clauses limitatives et élusives de responsabilité. En effet, il n'est pas interdit en principe aux parties de prévoir dans leur contrat une limitation de leur responsabilité en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de leur prestation. De fait, l'impact de la sanction apparaît une nouvelle fois réduit (1). Toutefois, ces limites ne doivent pas non plus priver le contrat de sa substance. C'est pourquoi des règles existent pour contrecarrer l'effet réducteur des clauses limitatives de responsabilité (2).

1. Des clauses réduisant l'impact de la sanction

66. Principe de liberté en matière contractuelle. Le droit des contrats implique une grande liberté dans le contenu contractuel, tant que ses dispositions ne sont pas illicites ou contraire à l'ordre public. Dès lors, si les parties peuvent prévoir les conditions de réalisation de leurs obligations, rien d'étonnant à ce qu'elles puissent également envisager et contrôler les conséquences d'une éventuelle inexécution du contrat ou d'une mauvaise exécution. Ainsi leur est-il possible d'insérer une clause évasive de responsabilité, définie par Messieurs François TERRÉ, Philippe SIMLER Yves LEQUETTE et François CHÉNEDÉ comme une clause selon laquelle « *le débiteur ne sera plus responsable et ne devra pas de dommages-intérêts en cas d'inexécution,*

²⁴² Cass, 3ème civ, 21 juin 2018, n° 17-15897 ; Cass, 3ème civ, 14 février 2019, n° 17-28768 ; Cass, 3ème civ, 3 mai 2018, n° 17-15067 (application du principe de la proportionnalité dans le cadre d'un contrat de construction).

d'exécution tardive ou défectueuse »²⁴³. Dans ce cas, les contractants considèrent par avance que si l'un d'entre eux ou les deux venaient à défaillir, aucune responsabilité ne pourrait être retenue. Moins catégorique, la clause limitative de responsabilité consiste, quant à elle, non pas à priver le contractant victime de toute indemnisation en cas de mauvaise exécution par son débiteur, mais à tempérer le montant de la réparation.

Ces dernières sont celles qui apparaissent le plus souvent dans les contrats. Elles fixent « *un plafond à la responsabilité du débiteur en cas d'inexécution, d'inexécution défectueuse ou de retard dans l'exécution. Un dommage inférieur au plafond donne donc lieu à une réparation intégrale alors que l'indemnité ne dépassera pas le montant du plafond en cas de dommage supérieur à celui-ci* »²⁴⁴. Par conséquent, non seulement l'évaluation du préjudice sera fixée par le juge, mais l'indemnité qui en résultera sera sûrement inférieure à ce que le contractant aurait dû prétendre en l'absence d'une telle clause. Ce sont autant d'effets limitants qui ne vont pas inciter la victime à agir en réparation du préjudice lié à l'inexécution ou inexécution partielle ou fautive du contrat. Ces clauses limitatives de responsabilité sont largement admises par la jurisprudence, qui les reconnaît depuis près de cent ans²⁴⁵. Elles se fondent non seulement sur les règles de l'autonomie de la volonté, mais également sur la nécessité pour les contractants de faire face aux obligations de résultat auxquelles certains sont soumis et pour limiter l'impact économique dans certains domaines à leurs débuts, comme en matière de trafic aérien²⁴⁶. En outre, cela permet aux assureurs d'avoir une vision plus claire des risques qu'ils prennent en acceptant d'assurer certains contractants. Néanmoins, leur validité est soumise au respect de certaines conditions. Tout d'abord, il est impératif que le contractant à qui est opposée la clause ait eu connaissance de cette dernière. Il est donc indispensable qu'elle soit insérée sur un document accessible « *au plus tard lors de la conclusion du contrat* »²⁴⁷. En outre, non seulement doivent-elles se trouver accessibles mais elles

²⁴³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette et Fr. Chénéde, *Droit civil. Les obligations*, Dalloz, Précis, 12^e éd., 2018, p. n°612.

²⁴⁴ Ph. Casson, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° « Dommages et intérêts », février 2017 (actualisation : mai 2021), n°123.

²⁴⁵ Cass. Civ. 12 juill. 1923, S. 1925, 1, 84 ; Cass. Civ., 23 févr. 1948, *Gaz. Pal.* 1948, 1, 234 ; Cass. Com. 30 janv. 1967, *D.* 1968, 160, note P.-M. F. Durand.

²⁴⁶ Ph. Casson, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° « Dommages et intérêts », *op. cit.*, n°124.

²⁴⁷ *Ibid.* Sur la connaissance impérative de la clause, v. not. : Cass. Com., 24 janv. 1983 n° 81-13.722, *Bull. civ. IV*, n° 29 : « *mais attendu, d'une part, que, tout en relevant que la convention avait été conclue par communication téléphonique et que le document mentionnant les clauses limitatives de responsabilité avait été délivré après exécution, l'arrêt a retenu souverainement que D... ne rapportait pas la preuve que, lors de cette convention, et même à l'occasion des contrats antérieurs, la société M... avait effectivement pris connaissance desdites clauses et qu'elle les ait acceptées* » ; Cass. Com., 3 déc. 1985 : n° 83-17.173, *Bull. civ. IV*, n° 289 : « *en se déterminant ainsi sans rechercher si la société X... avait eu connaissance de la clause litigieuse et l'avait acceptée au moment de la formation du contrat, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision* », Cass. Com. 26 mai 1992 n° 90-19.295, *Bull. civ. IV*, n° 211 : « *c'est à bon droit qu'ayant relevé que le récépissé de livraison de la marchandise remis par le commissionnaire au transporteur comportait une clause limitative de garantie, la cour d'appel a statué ainsi qu'elle l'a fait* ».

doivent également être lisibles et visibles aisément.²⁴⁸ D'ailleurs, le Code de la consommation prévoit expressément que « *tout vendeur ou prestataire de services doit, par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer les consommateurs sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle* »²⁴⁹.

De plus, il n'est pas suffisant de connaître l'existence de ces clauses ; encore faut-il les accepter. La jurisprudence l'affirme de manière constante. Pour exemple, un arrêt de la première chambre civile de la Cour de cassation du 5 mars 2002 affirme que « *la société T..., qui ne contestait pas le principe de la garantie, ne rapportait pas la preuve de l'adhésion de M. Y. aux conditions générales de vente limitant cette garantie, la cour d'appel a exactement décidé [...] que la garantie contractuelle devait jouer, tout en déclarant inopposables à cet acheteur les clauses limitatives de garantie* »²⁵⁰. Cette solution met en outre en lumière la sanction du non-respect de cette condition de validation de la clause : elle sera alors inopposable. Enfin, lorsque l'on se trouve en présence d'une clause limitative de responsabilité dont le montant s'avère dérisoire, la jurisprudence considère qu'elle est inexistante dans les domaines où les clauses équivoques de responsabilité sont interdites, comme dans les contrats de transports²⁵¹.

Ces différentes conditions relatives à la mise en œuvre des clauses limitatives de responsabilité n'atténuent pas le caractère très limitant sur la sanction. Les contractants bénéficiaires de ces clauses ne sont pas tenus pour responsables à hauteur des préjudices subis. Par conséquent, non seulement les dommages et intérêts ne permettent pas de réellement sanctionner l'auteur du manquement contractuel pour la faute commise, mais en plus, il n'est pas puni à la hauteur des

²⁴⁸ Cass. Civ. 1^{re}, 19 mai 1992, n° 90-19.995, *Bull. civ. I*, n° 146, *D.* 1993. Somm. 213, obs. E. Fortis ; Cass. Com. 27 nov. 2007, n° 06-16.523, inédit : « *l'arrêt relève que les conditions invoquées par la société I... sont rédigées dans un texte à la police très petite, difficilement lisible et en langue anglaise, que la seule mention de "limites de responsabilité" sur la télécopie est insuffisante pour qu'il soit admis que la société G... a été informée du contenu des limitations, qu'il n'est fait aucune référence aux clauses particulières contenant une limitation de responsabilité ou d'indemnisation, que les éléments produits ne permettent pas de retenir que les deux sociétés entretenaient des relations suivies soumises à ces conditions de telle façon qu'elles se trouvaient connues et pratiquées entre elles et, dès lors, elles sont inopposables à la société G...* ».

²⁴⁹ C. consom., art. L.113-3 (ancienne numérotation). L'article L.112-3 nouveau du Code de la consommation, qui remplace pour partie l'ancien article L.113-3, est rédigé ainsi : « *Lorsque le prix ne peut être raisonnablement calculé à l'avance du fait de la nature du bien ou du service, le professionnel fournit le mode de calcul du prix et, s'il y a lieu, tous les frais supplémentaires de transport, de livraison ou d'affranchissement et tous les autres frais éventuels. Lorsque les frais supplémentaires ne peuvent raisonnablement être calculés à l'avance, le professionnel mentionne qu'ils peuvent être exigibles.* ».

²⁵⁰ Cass. Civ. 1^{re}, 5 mars 2002, n°00-11.939, inédit.

²⁵¹ CA Rouen, 25 sept. 1986, *JCP E* 1997, Pan. N°376 : « *dans un contrat de transport, soumis aux dispositions des articles 103 et suivants du code de commerce, une clause limitative de responsabilité n'est admise que si elle a été connue et acceptée par l'expéditeur au moment de la conclusion du contrat et si elle ne fixe pas un montant dérisoire à l'indemnité pouvant être due par le voiturier* ».

dommages engendrés. Cela tempère largement l'attrait que peuvent avoir les dommages et intérêts en matière contractuelle lorsqu'ils sont encadrés par le contrat.

67. Une limitation interdite en matière délictuelle. En matière délictuelle, au contraire, les clauses limitatives de responsabilité sont interdites, et ce au nom de l'ordre public. La Cour de cassation l'a affirmé à maintes reprises depuis 1933²⁵², en se fondant sur les articles 1382 et 1383 du Code civil (devenus les articles 1240 et 1241 depuis 2016). Cela s'explique par le fait qu'en matière délictuelle, les parties au litige ne savent souvent pas qu'elles seront même amenées à se croiser et, quand bien même ce serait le cas, il leur serait difficile de pouvoir évaluer en amont le préjudice encouru. Monsieur Denis MAZEAUD affirme ainsi qu'en matière délictuelle, « *nul ne peut dire de quoi demain sera fait et en quoi consistera le préjudice, notamment son importance* »²⁵³. De fait, l'aléa est trop important pour envisager une limitation anticipée de la responsabilité. Pourtant, en matière précontractuelle, domaine où la responsabilité délictuelle prévaut, il est plus aisément possible de prévoir les conséquences d'une faute commise par un futur contractant.

68. Transition. Les clauses limitatives de responsabilité, qu'elles soient totales (éclusives) ou simplement partielles, conduisent à nier un peu plus l'impact de la sanction et son rôle en matière contractuelle. Partant, il s'agit d'un risque non négligeable pour la relation contractuelle, le contractant bénéficiaire d'une telle clause pouvant faire montre de moins de diligence dans l'exécution de son obligation. Conscients de ces risques, le législateur et la jurisprudence ont tenu à limiter l'impact de ces clauses limitatives de responsabilité.

2. L'impact des clauses limitées par certaines solutions

69. Présentation. De nombreuses critiques ont été adressées à l'encontre de ces clauses limitatives et éclusives de responsabilité. En effet, certaines d'entre elles avaient pour effet de conduire à une absence de cause du contrat, l'inexécution du contrat ou la mauvaise exécution

²⁵² Cass. Civ. 3 janv. 1933, DH 1933, p. 113. ; Cass. Civ. 21 mars 1933, DH 1933, p.301. ; Cass. Civ. 18 juill. 1934, DP 1935. 1, p. 38, note R. Roger. ; Civ. 2e, 11 déc. 1952, n°2003 et n°2004, Bull. civ. II, no 41, D. 1953. 317, note R. Savatier. ; Cass. Civ. 2e, 17 févr. 1955, no 810, Bull. civ. II, no 100, D. 1956. 17, note P. Esmein, JCP 1955. II. 8951, note R. Rodière : « *que sont nulles les clauses d'exonération ou d'atténuation de responsabilité en matière délictuelle, les articles 1382 et 1383 du code civil étant d'ordre public et leur application ne pouvant être paralysée d'avance par une convention* » ; Cass. Civ. 2e, 15 juin 1994, n°92-18.048, Bull. civ. II, n° 155. Cass. Civ. 2e, 20 juin 1995, no 93-15.110, Bull. civ. II, n°270 ; Cass. Civ. 2e, 17 déc. 1998, no 97-10.736, inédit.

²⁵³ D. Mazeaud, « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, Bruylant-Dalloz, p. 155, spéc. p. 165.

n'étant pas réprimées. Face à ces dérives, la jurisprudence et le législateur ont progressivement mis en place des limites. En droit spécial des contrats tout d'abord, le législateur et la jurisprudence ont agi de concert pour atténuer l'effet trop restrictif des clauses limitatives de responsabilité. Ensuite, en droit commun, la jurisprudence, à travers des arrêts de principe de la Cour de cassation, a tenu à limiter l'impact de ces clauses limitatives, avant que le législateur ne vienne consacrer ces décisions par la réforme du droit des obligations (b).

a. En droit spécial des contrats

70. Des limites légales dans certains domaines. Conscient des risques engendrés par la présence des clauses limitatives de responsabilité dans certains contrats, le législateur a tenu à les prohiber dans certains domaines. Ainsi en est-il en droit de la consommation, où les clauses limitatives de responsabilité sont considérées comme abusives dans les contrats de vente entre professionnels et consommateurs²⁵⁴. La jurisprudence n'hésite d'ailleurs pas à sanctionner la présence de ces clauses dans les contrats de consommation. Parmi ces affaires, on peut citer un certain nombre d'entre elles qui concernaient la perte de pellicules photographiques confiées par des consommateurs à des professionnels en vue de développer des photographies : la limitation de la responsabilité du photographe en cas de pellicule égarée par l'entremise d'une clause ne devait pas être admise²⁵⁵. L'application de ces dispositions a conduit, en outre, à la sanction d'une clause exonérant un fournisseur d'électricité de toute responsabilité pour un sinistre survenu dans les locaux de l'abonné²⁵⁶ ou encore à celle faisant peser sur un locataire la quasi-totalité des dépenses incombant normalement au bailleur et dispense sans contrepartie le bailleur de toute participation aux charges qui lui incombent normalement en sa qualité de propriétaire²⁵⁷. L'ancien article *Annexe* à l'article L.132-1, abrogé par la loi LME de 2008, disposait également que les clauses ayant « *pour objet ou pour effet d'exclure ou de limiter la responsabilité légale du professionnel en cas de mort d'un consommateur ou de dommages corporels causés à celui-ci, résultant*

²⁵⁴ C. consom., art. L. 212-1 du Code de la consommation : « *Dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, sont abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat.* ».

C. consom., art. R 212-1 6° : « *Dans les contrats conclus entre des professionnels et des consommateurs, sont de manière irréfragable présumées abusives, au sens des dispositions des premier et quatrième alinéas de l'article L. 212-1 et dès lors interdites, les clauses ayant pour objet ou pour effet de : (...) 6° Supprimer ou réduire le droit à réparation du préjudice subi par le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations.* ».

²⁵⁵ Cass. Civ. 1^{re}, 14 mai 1991, n° 89-20.999, *Bull. civ. I*, n° 153 ; Cass. Civ. 1^{re}, 19 juin 2001, n° 99-13.395, *Bull. civ. I*, n° 181 ; Cass. Civ. 1^{re}, 5 févr. 2002, n° 00-10.250, *Bull. civ. I*, n° 43.

²⁵⁶ CA Bordeaux, 2 juin 1997, *BICC* 1997, n°1490.

²⁵⁷ Cass. civ. 3^e, 17 déc. 2015, *JCP E* 2016, n°1029 ; *CCC* 2016, n°77, obs. Bernheim-Desvaux.

d'un acte ou d'une omission de ce professionnel»²⁵⁸. Si cette interdiction ne se trouve plus clairement énoncée dans les dispositions actuelles, elle peut se déduire de l'article R. 212-1 6° du Code de la consommation. L'intégrité corporelle des contractants doit primer et toute atteinte doit être réprimée, aucune clause ne pouvant limiter sa réparation. D'autres interdictions existent, notamment en matière immobilière, dans le cadre de la vente d'immeubles à construire et de responsabilité des constructeurs²⁵⁹. Il est à noter que ces dispositions bénéficient tant aux consommateurs qu'aux non-professionnels²⁶⁰, ce qui est cohérent, étant donné que la sanction du déséquilibre significatif est désormais prévue dans les relations entre professionnels²⁶¹.

Si le droit spécial des contrats tente de tempérer l'existence et l'impact des clauses limitatives de responsabilité, c'est également le cas en droit commun des contrats.

b. En droit commun des contrats

71. Des limitations législatives. Le droit commun des contrats a été plus long à reconnaître une protection plus généralisée contre certaines dérives en matière de clauses limitatives de responsabilité. Ces restrictions sont d'abord apparues en droit des transports, à la frontière entre le droit commun et le droit spécial des contrats, au sein duquel les clauses de non-responsabilité aux articles 1784 du Code civil et suivants furent interdites d'un côté, mais les clauses limitatives de responsabilité autorisées par le Code de commerce et la jurisprudence²⁶² d'un autre côté. On retrouve également ces limitations législatives en matière de responsabilité du fait des produits défectueux. L'article 1245-14 alinéa 1^{er} du Code civil dispose ainsi que « *les clauses qui visent à écarter ou à limiter la responsabilité du fait des produits défectueux sont interdites et réputées non écrites* ». Cet article va dans le sens d'une plus grande responsabilité des contractants fautifs, même s'il est

²⁵⁸ Article Annexe à l'article L132-1, abrogé par la Loi n°2008-776 du 4 août 2008 à l'article 86 (V).

²⁵⁹ C. civ., art. 1792-5 : « *Toute clause d'un contrat qui a pour objet, soit d'exclure ou de limiter la responsabilité prévue aux articles 1792, 1792-1 et 1792-2, soit d'exclure les garanties prévues aux articles 1792-3 et 1792-6 ou d'en limiter la portée, soit d'écarter ou de limiter la solidarité prévue à l'article 1792-4, est réputée non écrite* ».

²⁶⁰ C. consom., art. L.212-2.

²⁶¹ C. com., art. L.442-1 I : « *Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, dans le cadre de la négociation commerciale, de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, par toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services : 1° D'obtenir ou de tenter d'obtenir de l'autre partie un avantage ne correspondant à aucune contrepartie ou manifestement disproportionné au regard de la valeur de la contrepartie consentie ; 2° De soumettre ou de tenter de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties.* »

²⁶² C. com. Art. L.133-1, à propos des clauses limitatives de responsabilité présentes dans les contrats de transporteurs. La jurisprudence est venue confirmer que ces clauses limitatives de responsabilité étaient valables en matière de transports : Cass. Com., 30 avril 1968, *JCP 1968*. II. 15575, note R. Rodière ; Cass. Com., 3 janvier 1950, *D. 1950*, p.225 ; Cass. Com., 3 févr. 1987, *D. 1968*, p. 160.

immédiatement tempéré par un alinéa 2 qui prive d'effet ces dispositions en cas de dommages causés aux biens dans le cadre de contrats conclus entre professionnels²⁶³.

72. Le rôle tempéré de la jurisprudence de Chronopost à Faurecia. La jurisprudence a également joué un rôle majeur dans la tentative de limitation de l'impact des clauses limitatives de responsabilité. Tout d'abord, elle exclut l'application de ces clauses en présence de faute dolosive ou de faute lourde²⁶⁴. Ensuite c'est surtout la solution retenue dans le cadre des manquements à une obligation essentielle qui a été réellement majeure. Des clauses limitatives de responsabilité insérées dans des contrats avaient en effet pour conséquence de priver le contrat de sa cause. C'est par le célèbre arrêt Chronopost que la Cour de cassation a débuté la construction de sa jurisprudence. Aux termes de cet arrêt du 22 octobre 1996, la chambre commerciale de la Cour de cassation a affirmé qu'en « *raison du manquement à cette obligation essentielle [de la société Chronopost de livrer le pli dans un délai imparti], la clause limitative de responsabilité du contrat, qui contredisait la portée de l'engagement pris, devait être réputée non écrite* »²⁶⁵. Cette affaire, qui a fait l'objet de beaucoup de discussions doctrinales, n'en était pas pour autant terminée, car il restait à déterminer le montant de la réparation. Or, la Cour de cassation s'est montrée beaucoup plus timorée sur cette question car, dans un second arrêt faisant suite à un pourvoi contre l'arrêt de renvoi, la chambre commerciale décidait de limiter le montant de l'indemnisation au seul montant du prix du transport²⁶⁶, rendant l'exclusion de la clause limitative de responsabilité quasiment inutile et n'incitant pas les contractants à faire preuve de diligence. Cette déception quant à l'impact de ces décisions s'est poursuivi par la suite, puisqu'un arrêt de la chambre mixte de la Cour de cassation de 2002 a affirmé que « *si une clause limitant le montant de la réparation est réputée non écrite en cas de manquement du transporteur à une obligation essentielle du contrat, seule une faute*

²⁶³ Il faut dans ce cas que le dommage ne concerne pas un bien qui est utilisé par la victime principalement pour son usage ou sa consommation privée.

²⁶⁴ Com. 6 juill. 1954, n° 7726, *Bull. civ.* III, n° 246, *D.* 1955. 2, note G. Ripert. – Cass., ch. réun., 11 mars 1960, n° 2141, *Bull. civ.*, n° 7, *D.* 1960. 277, note M. de Juglart ; Cass. Civ. 3e, 18 avr. 1974, *D.* 1974. IR 152. – Cass. Civ. 1re, 21 oct. 1975, no 74-13.217, *Bull. civ.* I, n° 290, *D.* 1976. 151, note J. Mazeaud ; Cass. Com. 19 janv. 1993, n° 91-11.805, *Bull. civ.* IV, n° 24. – Cass. Com. 4 mars 2008, n° 07-11.790, *RDC* 2008. 750, note G. Viney : « *le transporteur qui a été chargé de transporter une marchandise en s'étant vu interdire toute sous-traitance par l'expéditeur et qui sous-traite l'opération, se refusant ainsi de propos délibéré, à exécuter son engagement, commet une faute dolosive qui le prive du bénéfice des limitations d'indemnisation que lui ménage la loi ou le contrat* ».

²⁶⁵ Cass. Com., 22 octobre 1996 n° 93-18.632, *Bull. civ.* IV, n° 261, *D.* 1997. 121, note A. Sériaux, *D.* 1997. Somm. 175, obs. P. Delebecque, *JCP E* 1997. II. 22881, note D. Cohen, *JCP* 1997. I. 4025, n° 177, obs. G. Viney, Defrénois 1997. 333, obs. D. Mazeaud, *RTD civ.* 1997. 418, obs. J. Mestre ; P. Delebecque, Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ?, *D. affaires* 1997. 235.

²⁶⁶ Cass. Com., 9 juill. 2002 n°99-12.554, *Bull. civ.* IV, n° 121, *D.* 2002. 2329, obs. P. Delebecque, *D.* 2003. 547, obs. D. Mazeaud ; G. VINEY, « Contrat type approuvé par décret et faute lourde, *Dr. et patr.*, oct. 2005, p. 36, spéc. p. 39.

lourde, caractérisée par une négligence d'une extrême gravité confinant au dol et dénotant l'inaptitude du débiteur de l'obligation à l'accomplissement de sa mission contractuelle peut mettre en échec la limitation d'indemnisation prévue au contrat type établi annexé au décret »²⁶⁷. Un fort sentiment de déception apparaît à la lecture de cet arrêt et de ceux qui suivirent : il est quasiment impossible de contrecarrer une clause limitative de responsabilité. Cela n'était évidemment pas satisfaisant pour les contractants, qui ne cernaient souvent pas la portée de ces clauses limitatives de responsabilité.

Un arrêt de la chambre commerciale du 29 juin 2010 vient pourtant raviver l'idée que toute clause limitative de responsabilité qui contredit « *la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* »²⁶⁸ doit être réputée non écrite. La Cour de cassation affirme que « *seule est réputée non écrite la clause limitative de réparation qui contredit la portée de l'obligation essentielle souscrite par le débiteur* ». De cet arrêt, dit arrêt FAURECIA, Monsieur Alain BÉNABENT tire la conclusion suivante : « *pourvu que le plafond ne soit pas dérisoire, la limitation de responsabilité répond à une fonction d'équilibre des obligations contractuelles en permettant de connaître avec précision leur étendue : dès lors que l'exception de dol et de la faute lourde permet de saisir les comportements délibérés, la détermination d'un plafond n'est autre chose qu'une convention de répartition des risques de faute simple, voire de faute présumée (pour les obligations de résultat) et, entre contractants égaux au moins, une telle répartition est acceptable, les clauses limitatives sont donc valables sauf si, par un plafond dérisoire, elles vident de portée l'obligation essentielle du contrat* »²⁶⁹. Par conséquent, il faut retenir qu'à l'exception de clauses manifestement dérisoires, ces clauses limitatives de responsabilité sont valables, puisqu'elles participeraient de l'équilibre contractuel établi au moment de la formation du contrat. Cependant, cette validité est conditionnée à une situation où les parties se trouvent en position d'égalité dans la relation contractuelle. Or, les disparités économiques peuvent toujours exister, même dans les relations entre professionnels, ce qui vient fortement relativiser l'aspect équitable de cette décision. La sanction civile subie s'avère trop peu dissuasive pour empêcher le contractant de manquer à ses obligations ou faire obstacle à toute réitération. A l'issue de la réforme du droit des obligations de 2016, le législateur semble avoir consacré cette tendance jurisprudentielle en prévoyant à l'article 1170 du Code civil que « *toute clause qui prive de sa substance l'obligation essentielle du débiteur est réputée non écrite* ».

²⁶⁷ Cass. Ch. Mixte, 22 avril 2005 n° 03-14.112, *Bull. civ.*, n° 4 et n° 02-18.326, *Bull. civ.*, n° 3, *D.* 2005. 1864, note J.-P. Tosi, *RDC* 2005. 651, avis M. de Gouttes, *RDC* 2005. 673, note D. Mazeaud, *RDC* 2005. 753, note P. Delebecque.

²⁶⁸ Cass. Com., 29 juin 2010, *Faurecia*, n° 09-11.841, *Bull. civ. IV*, n° 115 ; *D.* 2010. 1832, note D. Mazeaud ; *RDC* 2010. 1253, obs. O. Deshayes ; *RDC* 2010. 1220, obs. Y.-M. Laithier. – Cass. Com. 31 mai 2011, n° 10-13.633.

²⁶⁹ A. Bénabent, *Droit des obligations*, LGDJ, coll. Précis Domat, 19^e éd. 2021, p.352, n°439.

Transition. L'octroi de dommages et intérêts en réparation des préjudices subis, que l'on se trouve dans le cadre d'une relation contractuelle ou extracontractuelle, se révèlent insuffisants, bien souvent, à garantir une véritable sanction comminatoire à l'encontre du contractant fautif. L'indemnisation qui en résulte ne conduit pas à dissuader le contractant. Conscient de cette nécessité de conférer un caractère plus comminatoire à la sanction, le législateur a permis d'insérer au contrat une clause pénale, qui se distingue des autres sanctions civiles étudiées par son caractère comminatoire affirmé, bien qu'actuellement discuté.

II. Le caractère comminatoire discuté de la clause pénale

73. Le cadre de la clause pénale. La prévoyance des contractants est parfois telle qu'ils envisagent dès la formation du contrat les conséquences en cas d'inexécution. Cela se traduit notamment par l'insertion d'une clause pénale, premier pas vers la constitution d'une peine à l'encontre du contractant qui ne se serait pas acquitté de son obligation²⁷⁰. Sanction de l'inexécution contractuelle, cette dernière conditionne sa mise en œuvre, nul ne pouvant la demander si le contrat a été exécuté. Néanmoins, une inexécution partielle suffit à requérir son paiement. Contractuelle par essence²⁷¹, la clause pénale doit avoir été clairement stipulée dans le contrat, de sorte que le débiteur connaisse les conséquences en cas d'inexécution²⁷². Puisqu'il s'agit de l'attribution de dommages-intérêts, la mise en œuvre de la clause pénale suppose l'existence d'une inexécution imputable au débiteur, sans quoi le montant encouru ne pourrait lui être réclamé. En outre, cela implique évidemment qu'en cas de force majeure, le créancier ne peut réclamer le bénéfice de la clause pénale²⁷³. Cependant, au contraire des règles de la responsabilité classique, l'avantage de la clause pénale réside dans l'absence de nécessité de

²⁷⁰ L'existence de cette sanction est toutefois contrôlée dans certains contrats, et particulièrement dans les contrats de consommation, où elle est parfois considérée comme abusive dans des contrats d'adhésion depuis 1988. V. not. CA Paris, 20 sept. 1991, *D.* 1992. En outre, elle peut être également limitée par un plafond légal ou même interdite dans certains domaines, comme en droit du travail.

²⁷¹ La clause pénale est considérée comme un accessoire de la clause pénale. Elle peut cependant conserver son autonomie et notamment se cumuler avec une résolution du contrat (Cass. Com. 4 juill. 1972)

²⁷² Cette sanction n'est toutefois pas applicable dans tous les contrats. En effet, elle ne peut avoir lieu dans le contrat de travail ou le contrat de bail et d'habitation. Sur cette question, v. not. : S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, v° « Clause pénale », Dalloz, avril 2010, (actualisation, sept. 2019)

²⁷³ *Ibid.*, n°26.

démonstration d'un préjudice, comme le confirme la troisième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt de 2006²⁷⁴.

Parmi les mesures civiles venant sanctionner le contrat, la clause pénale est la sanction contractuelle de l'inexécution qui présente le plus un aspect punitif, ce qui se traduit particulièrement dans son régime juridique. Son rôle comminatoire est d'ailleurs clairement revendiqué par le législateur dans le Code civil de 1804, ce qui tend à en faire une véritable peine privée²⁷⁵. Toutefois, son aspect intimidant doit être relativisé face à la fonction indemnitaire de la sanction qui va jusqu'à s'imposer depuis une quarantaine d'années. Ainsi, bien que la fonction comminatoire de la clause pénale soit affirmée dans les textes (A), elle est atténuée désormais (B).

A. Une fonction comminatoire affirmée

74. Une définition complexe à déterminer. Une des questions majeures relatives à la clause pénale reste de la définir, ce qui ne se révèle pas aisé, tant les auteurs de doctrine, la jurisprudence et même le droit positif semblent hésiter. Pour en juger, il suffit de s'attarder sur deux définitions différentes. Quand Monsieur Sébastien PIMONT définit la clause pénale comme « *Une clause pénale est la clause par laquelle les parties évaluent par avance et forfaitairement les dommages et intérêts résultant de l'inexécution d'un engagement ou, plus rarement, la clause qui, en cas d'inexécution du contrat, oblige le débiteur à l'exécution d'une obligation autre que le paiement d'une somme d'argent* »²⁷⁶, le Doyen CORNU la présente, quant à lui, comme une « *clause comminatoire en vertu de laquelle un contractant s'engage en cas d'inexécution de son obligation principale (ou en cas de retard dans l'exécution) à verser à l'autre à titre de dommages-intérêts une somme forfaitaire – en général très supérieure au montant du préjudice réel subi par le créancier [...] – qui en principe ne peut être ni modérée ni augmentée par le juge, sauf si elle est manifestement excessive ou dérisoire* »²⁷⁷. De ces deux définitions transparaît la dichotomie de la fonction de la clause pénale : une fonction comminatoire d'une part et indemnitaire d'autre part, accentuée par une rédaction duale dans le Code civil de 1804, l'ancien article 1226 privilégiant la fonction de

²⁷⁴ Cass. Civ. 3^e, 20 déc. 2006 ; Cass. Civ. 3^e, 20 oct. 1974 ; Cass. Civ. 1^{re}, 16 juillet 1999, Cass. Civ. 1^{re}, 2 oct. 2013.

²⁷⁵ Sur la notion de peine privée, v. not. : B. Mazabraud, *La peine privée. Aspects de droit interne et international*, thèse, Paris II, 2006.

²⁷⁶ S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2010 (actualisation sept. 2019), v^o « Clause pénale », n^o1.

²⁷⁷ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd.. MAJ, 2020.v^o « pénale – clause ».

peine tandis que l'ancien article 1152²⁷⁸. Ainsi, si la fonction comminatoire a été privilégiée initialement (1), sa fonction indemnitaire était néanmoins déjà évoquée (2).

1. Le rôle comminatoire initial

75. Le poids des mots. Le Code civil, dans sa rédaction originelle, prévoyait la clause pénale aux articles 1152 et 1226 du Code civil, précédemment cités, traduisant une volonté d'encadrer une sanction à la fonction comminatoire assumée. Tandis que l'article 1152 du Code civil disposait ainsi : « *Lorsque la convention porte que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts, il ne peut être alloué à l'autre partie une somme plus forte, ni moindre* », les articles 1226 et suivants mettaient en exergue le caractère de peine de la clause pénale. L'article 1228 ancien disposait : « *le créancier, au lieu de demander la peine stipulée contre le débiteur qui est en demeure, peut poursuivre l'exécution de l'obligation principale* » tandis que l'alinéa 2 de l'article 1229 affirmait que le créancier « *ne peut demander en même temps le principal et la peine, à moins qu'elle n'ait été stipulée pour le simple retard* ». L'analyse du champ lexical employé par le législateur a une grande importance pour déterminer l'esprit du texte de loi. Or, ici, les articles relatifs à la clause pénale dans le Code civil de 1804, sont très évocateurs : le mot « *peine* » y apparaissait dans pas moins de six articles²⁷⁹. La volonté du législateur y transparaissait alors sans aucune demi-mesure : la fonction comminatoire et par suite, sa fonction de peine privée en cas d'inexécution par le débiteur de l'obligation étaient bien celles recherchées dans la mise en œuvre de la clause pénale. C'est d'ailleurs ce que souligne Monsieur Denis MAZEAUD dans l'introduction de sa thèse consacrée à la clause pénale quand il confère à celle-ci la fonction de « *faire pression sur le débiteur en vue d'assurer l'exécution d'une obligation et organiser la répression de son éventuelle inexécution* », « *sa raison d'être [étant] de réprimer avec une particulière rigueur l'inexécution illicite dont le débiteur est reconnu coupable* »²⁸⁰. Madame Magali JAOUEN²⁸¹ parle à propos de l'ancien article 1226 d'une vraie clause pénale,

²⁷⁸ Ces deux articles n'existent plus aujourd'hui, l'Ordonnance du 10 février 2016 ayant refondu tous les textes relatifs à la clause pénale au sein d'un seul et même article, l'article 1235-1 du Code civil.

²⁷⁹ C. civ., art. 1228, 1229 al. 2, 1230, 1231, 1232 et 1233 (rédaction antérieure à 2016).

²⁸⁰ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 223, 1992, p.1.

²⁸¹ M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. Mazeaud, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013, n°170, p.142.

en ce qu'elle « fixe un montant supérieur au dommage éprouvé par le créancier et remplit donc une fonction punitive »²⁸².

76. Les manifestations de la fonction comminatoire. Le rôle comminatoire accordé à la clause pénale se manifeste en plusieurs points. Tout d'abord, le montant alloué en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de la prestation contractuelle n'est pas lié à l'importance du préjudice, ni même à son existence. Le simple fait de ne pas s'exécuter dans les termes prévus suffit à déclencher la réalisation de la clause pénale, ce qui comporte plusieurs avantages : non seulement cela permet d'éviter les contestations relatives à l'existence même d'un dommage ou de son importance, mais également les difficultés et les lenteurs liées à l'évaluation des préjudices. Pour le créancier, cela sera donc extrêmement bénéfique, puisqu'il se verra indemnisé dès l'inexécution du contrat, sous réserve d'une mise en demeure²⁸³. Au contraire, pour le débiteur, cela sera une incitation certaine à la réalisation de son obligation puisqu'il ne pourra pas se retrancher derrière une absence de préjudice pour éviter de payer le montant de la clause pénale.

Ensuite, la clause pénale est stipulée pour « sanctionner l'inexécution du contrat »²⁸⁴ et donc, de fait, a pour « objet de faire assurer l'exécution » des dispositions contractuelles²⁸⁵. Cette clause, selon, Monsieur Sébastien PIMONT, sert « à faire pression sur la volonté du débiteur, à lui donner une raison d'exécuter son obligation in specie »²⁸⁶. La Cour de cassation rappelle à plusieurs reprises que la clause pénale est un moyen de « contraindre les parties à l'exécution »²⁸⁷. Elle est alors un excellent moyen de pression pour inciter le contractant récalcitrant. Plus le *quantum* sera élevé, plus la clause pénale aura un effet incitatif. La clause pénale présente donc un aspect psychologique certain, en exerçant une pression sur la volonté du débiteur, comme l'explique Monsieur Denis MAZEAUD puisqu'il s'agit pour lui d'un « moyen de pression psychologique destiné à garantir l'exécution »²⁸⁸.

²⁸² Elle l'oppose alors à une « fausse » clause pénale que serait celle de l'ancien article 1152 du Code civil, qui se rapprocherait « d'une clause limitative de responsabilité car elle se contente de prévoir un forfait de réparation ».

²⁸³ Il est à noter que cette mise en demeure n'est pas due si l'inexécution du contrat est devenue certaine.

²⁸⁴ Cass. Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n°95-16.200, *bull. civ. I*, n°244 ; Cass. Civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, n°94-12.910.

²⁸⁵ Cass. Civ. 3^e, 24 sept. 2008, n° 07-13.989, *bull. civ. III*, n°139, *D.* 2008, p. 2497, obs. G. Forest, *Deffrénois* 2008, n°38860, obs. E. Savaux, *JCP* 2009, II, 10016, note Y. Dagorne-Labbé.

²⁸⁶ S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, « Clause pénale », *op. cit.*, n°34.

²⁸⁷ Cass. Com., 27 mars 1990, n°88.13-967 ; *D.* 1990, p. 390, note E.-S. de la Marnierre, *RTD civ.* 1990, 514, obs. Ph. Rémy, *D.* 1991, somm. 158, obs G. Paisant.

²⁸⁸ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, *op. cit.*, p.105.

Enfin, après l'inexécution du contrat, cette clause prend tout son sens punitif. Elle devient alors une peine privée, comme le confirment Monsieur Sébastien PIMONT ou encore le Doyen CARBONNIER²⁸⁹. Pour SAVIGNY, « on arrive à considérer cet acte juridique comme étant en petit une disposition pénale, fondée sur une volonté privée, puisque le promettant sera poussé, par crainte de payer la peine, à faire ou à ne pas faire ce que veut le demandeur »²⁹⁰.

Pour certains auteurs, à l'instar de Madame Emmanuelle PALVADEAU, la présence de la clause pénale remet en cause la fonction punitive exclusivement attribuée au droit pénal²⁹¹. Elle va même plus loin en assurant qu'avec la clause pénale, le droit contractuel « dispose désormais en effet d'une véritable finalité punitive »²⁹², consacrée par des peines privées, sans que cela soit néanmoins suffisant pour remettre en cause le droit pénal.

Cette fonction comminatoire de la clause existe aussi en droit comparé. En effet, cette fonction de la clause pénale est pratiquée également en *common law*, particulièrement en droit anglais. La particularité est ici que le montant de la peine correspond « au profit directement retiré par le débiteur de la violation de ses obligations » et non déterminé au jour de la conclusion du contrat, comme le remarque Monsieur Yves-Marie LAITHIER²⁹³. Cette pratique peut apparaître assez intéressante. Il s'agirait ici d'un mélange entre la pratique française de la clause pénale dans sa fonction comminatoire et l'idée des dommages-et-intérêts classiques.

77. Les avantages de la fonction comminatoire. Le fait d'accorder le statut de peine privée à la clause pénale présente des avantages indéniables, au premier rang desquels se trouve le fait qu'il s'agit d'un acte de prévision qui va se révéler très intéressant pour le créancier, qui obtiendra satisfaction quels que soient les actes du débiteur : s'il s'exécute, il obtiendra l'exécution de l'obligation originelle prévue ; s'il ne s'exécute pas, la clause pénale sera mise en œuvre et il obtiendra alors une compensation. De plus, l'insertion d'une clause pénale au sein du contrat dispense, en cas d'inexécution contractuelle, de la démonstration d'un préjudice, ce qui facilite aussi la compensation pour le créancier. En outre, ainsi que le soulignait le Doyen CORNU, « la stipulation d'une peine n'est pas un contrat ordinaire, mais un accord exorbitant de justice privée qui dépouille

²⁸⁹ J. Carbonnier, *Droit civil*, t. II, 2004, coll. Quadrige, PUF, n°1094.

²⁹⁰ F. C. Von Savigny, *Le droit des obligations*, 2^e éd., t. 2, 1873, Thorin éditeur, §80, trad. C Gérardin et P. Jozon, cité par S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, « Clause pénale », *op. cit.*, n°34.

²⁹¹ E. Palvadeau, *Le contrat en droit pénal*, Thèse Bordeaux, soutenue le 13 déc. 2011, n°19, p.34 et s.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 419, 2007, p.525, n°437.

l'autorité judiciaire d'une parcelle de son pouvoir»²⁹⁴. Ainsi, on écarte le juge du processus d'évaluation de l'indemnisation (même si cela sera contredit par le contrôle modérateur du juge avec la loi de 1975²⁹⁵). Pour Madame Claude OPHÈLE, cela aurait également pour bénéfice de détacher la sanction des principes fondamentaux de la responsabilité et de la notion même de dommages-intérêts, ce qui est à néanmoins à tempérer, au regard de l'importance croissante de la fonction indemnitaire²⁹⁶.

Certains vont même jusqu'à souligner son effet incitatif d'un point de vue économique, puisque s'engager en avance à payer une clause pénale en cas de non-exécution du contrat démontre le sérieux de l'engagement du contractant dans la relation contractuelle²⁹⁷. En droit économique contractuel, cela peut se révéler particulièrement intéressant pour sécuriser des relations contractuelles, notamment avec de nouveaux contractants.

78. Le cumul de la clause pénale et des autres sanctions contractuelles. En outre, la possibilité de cumul de la clause pénale avec les sanctions du droit commun, réaffirmée dans un arrêt récent de la troisième chambre civile de la Cour de cassation en 2019, lui assure un intérêt renforcé²⁹⁸. Non seulement elle dispose en elle-même d'un caractère comminatoire avéré, mais elle peut en plus exister à côté des autres sanctions civiles classiques, ce qui permet de constituer un véritable effet punitif à cette clause. Pour Monsieur Thomas GENICON, la clause pénale peut se cumuler avec la sanction de résolution du contrat pour inexécution. Cette possibilité de cumul conforte selon cet auteur le caractère comminatoire de la clause pénale, puisqu'elle peut être fulminée alors même que le contractant n'éprouve plus aucun préjudice²⁹⁹. Cette sanction semble au contraire moins se marier avec la vision indemnitaire de la clause pénale. Il précise ainsi que « *les auteurs qui voient dans la clause pénale une évaluation forfaitaire du préjudice ont parfois tendance à refuser le cumul de cette dernière avec la résolution. Il leur semble, en effet, que les deux sanctions font*

²⁹⁴ G. Cornu, « De l'énormité des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail », *RTD civ.* 1971. p.167.

²⁹⁵ Cf. *infra*, n°87.

²⁹⁶ Cf. *infra*, n°97.

²⁹⁷ E. Mackay et S. Rousseau, *Analyse économique du droit*, 2^e éd. , 2008, Dalloz- Les Editions Thémis, n°1564, cité par S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, « Clause pénale », *op. cit.*, n°35. Ces auteurs parlent alors d'une « *fonction économique utile* ».

²⁹⁸ Sur cette question, v. not. M. Latina et G. Chantepie, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, p. 635 et s., n°687 et s.

²⁹⁹ Th. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, T. 484, 2007, p.564-565, n°790.

alors double emploi »³⁰⁰. En réalité, cette possibilité met en exergue le caractère de peine privée de la clause pénale.

79. Transition. Le rôle comminatoire de la clause pénale ainsi affirmé s’articule néanmoins avec l’autre fonction de celle-ci, à savoir la fonction indemnitaire. D’ailleurs, Monsieur Sébastien PIMONT dit à son propos « *qu’une clause exclusivement comminatoire n’est jamais une clause pénale* »³⁰¹.

2. Une fonction duale assumée

80. Le statut dual de la clause pénale. « *La clause pénale est celle qui, dans son principe, a une fonction indemnitaire et qui, compte-tenu de son quantum, peut jouer un rôle comminatoire* ». À elle seule, cette phrase résume la dualité des fonctions de la clause pénale. La clause pénale procède depuis 1804 à une valse-hésitation assumée entre sa fonction comminatoire et sa fonction indemnitaire.

81. La fonction indemnitaire. La fonction indemnitaire n’a jamais été ignorée et est même privilégiée par certains auteurs. Ainsi, pour Monsieur Sébastien PIMONT, « *dans son principe, la clause pénale sert toujours à évaluer par avance les dommages et intérêts dus en cas d’inexécution du contrat* »³⁰², ce qui définit la clause pénale au sens large. En outre, pour POTHIER, la clause pénale est stipulée dans l’intention de dédommager le créancier de l’inexécution de l’obligation principale. Elle est par conséquent compensatoire des dommages et intérêts qu’il souffre de l’exécution de l’obligation principale »³⁰³. Cette fonction indemnitaire permet de distinguer entre la clause pénale qui sanctionne de manière forfaitaire une inexécution illicite et la clause d’indemnisation, clause qui a pour objet la réparation d’un dommage.

Prévu à l’article 1152 du Code civil de 1804, le caractère indemnitaire dépendait largement du choix du montant prévu au sein de la clause. Raisonnable et proche de la valeur du préjudice, elle s’apparentait à une clause d’indemnisation ; d’un montant élevé et disproportionné par rapport au préjudice subi, elle se transformait en une véritable peine civile. Monsieur Christian

³⁰⁰ Th. Génicon, *La résolution du contrat pour inexécution*, *op. cit.*, p.565, n°791. Monsieur Thomas Génicon cite alors pour exemple Messieurs Philippe Delebecque et Dimitri Houtcieff : P. Delebecque, *JCL Responsabilité civile et assurances*, fasc. 212, *Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Clause pénale*, n°94, p.15 ; D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, p.1000, n°1391.

³⁰¹ S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, « Clause pénale », *op. cit.*, n°32.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Cité par S. Pimont, *ibid.*, n°33.

LARROUMET reprend ainsi la définition donnée par la jurisprudence³⁰⁴ et la présente comme une « *évaluation forfaitaire de dommages-intérêts en cas d'inexécution d'une obligation* »³⁰⁵. Nombreux sont donc les auteurs qui privilégient cette vision de la clause pénale. Ce serait simplement un moyen de prévoir en amont le montant des dommages et intérêts, ce qui éviterait l'aléa du passage devant le juge.

82. Un outil de prévention des risques. La clause pénale se présente donc également comme une indemnité forfaitaire ayant pour but de sanctionner l'inexécution tout en évitant le recours au juge³⁰⁶. Il s'agit donc d'un outil de prévisibilité qui permet aux parties d'envisager dès la conclusion du contrat les conséquences de son éventuelle inexécution. En procédant ainsi, les contractants souhaitent gérer en amont les risques qui pourraient survenir au cours de la relation contractuelle. Pour Messieurs Daniel MAINGUY et Jean-Louis RESPAUD³⁰⁷, la clause pénale est un « *outil de gestion des risques de l'inexécution ou du retard dans l'exécution* ». D'ailleurs, Madame Raphaëlle HAÏK confirme cette vision car pour elle, la clause pénale « *constitue un moyen efficace d'inciter à l'exécution du contrat tout en remplissant, à titre subsidiaire, une fonction punitive* »³⁰⁸. Il s'agit donc d'une « *clause contractuelle complétive qui a vocation à prévenir les risques* »³⁰⁹.

83. Conséquence du caractère indemnitaire. Un autre élément fondamental dans le caractère indemnitaire de la clause pénale est le fait qu'elle ne sera pas mise en œuvre en cas d'impossibilité d'exécution de l'obligation contractuelle. Ainsi, des pénalités de retard, qualifiées de clause pénale, ont pu ne pas être fulminées contre le débiteur car l'inexécution n'était pas imputable à ce dernier mais était due à la force majeure³¹⁰. De plus, il apparaît impossible de réclamer l'exécution de la clause pénale si l'exécution du débiteur devait conduire à la consommation d'une infraction pénale pour Madame Raphaëlle Haïk³¹¹. Il s'agirait alors d'une inexécution légitime. Pour Monsieur Dimitri HOUTCIEFF³¹², le créancier n'est pas pour autant « emprisonné » : il peut le moment venu poursuivre l'exécution en nature de l'obligation ou demander la résolution du contrat sur le fondement de l'article 1228 du Code civil. En revanche,

³⁰⁴ CA Metz, 14 nov. 1978, *JCP* 1979.IV, p.289.

³⁰⁵ Ch. Larroumet et S. Bros, *Les Obligations. Le contrat, t. 3*, Economica, coll. Traité de droit civil, 10^e éd., 2021, p.685, n°647 et s..

³⁰⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 16 juillet 1997.

³⁰⁷ D. Mainguy et J.-L. Respaud, *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°308.

³⁰⁸ R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, th. Paris XI, 2008, n°539 et s., p. 506 et s.

³⁰⁹ *Ibid.*

³¹⁰ Cass. Com. 2 nov. 2011, *D.* 2011, 279, obs. E. Chevrier.

³¹¹ R. Haïk, *Droit pénal des contrats, op. cit.*, n°540 et s., p. 507.

³¹² D. Houtcieff, *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigme, 6^e éd., 2021, p.756 et s., n° 1054 et s.

il ne peut pas demander à la fois l'exécution de la prestation et de la clause pénale : on ne peut pas demander exécution et punition de l'inexécution. Cela signifierait donc, si l'on compare avec les éléments avancés par Monsieur Thomas GENICON, qu'il est possible de cumuler clause pénale et résolution du contrat, mais il ne peut pas requérir l'exécution du contrat et demander en outre le versement de la clause pénale³¹³. De l'issue offerte au contrat dépendrait donc la possibilité de la réalisation de la clause pénale.

84. Transition. L'esprit initial du texte a toutefois été quelque peu détourné par des créanciers peu scrupuleux. Si le principe de la clause pénale semblait pertinent en vue de conduire le contractant débiteur à s'exécuter, il s'est en effet très vite avéré être aussi un moyen pour des créanciers de s'enrichir au détriment de leurs cocontractants, particulièrement dans les contrats de crédit-bail³¹⁴. Les tribunaux ont alors régulièrement été sollicités pour venir tempérer l'application systématique de la clause, mais ils se sont révélés le plus souvent sourds aux requêtes des débiteurs démunis, opposant le fait que la clause pénale constituait « *un forfait librement accepté par les parties* ». La seule exception accordée était celle prévue à l'article 1231 du Code civil lorsque l'obligation avait été exécutée au moins partiellement³¹⁵. C'est pourquoi le législateur a été conduit à instaurer un contrôle de la clause pénale par le juge, par un texte³¹⁶ qui a largement atténué sa fonction comminatoire, tendance qui s'est ensuite accentuée.

B. Une fonction comminatoire atténuée

85. La fonction duale atténuée. Marquée par sa fonction duale, la clause pénale voit de plus en plus sa fonction comminatoire atténuée. Qu'il s'agisse de l'influence du juge (1) ou du

³¹³ D. Houtcieff, *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, op. cit., n°1390 et s.

³¹⁴ Ph. Malinvaud, M. Mekki et J.-S. Seube, *Droit des obligations*, LexisNexis, 16^e éd., 2021, n°842, p.767. 1183. V. not. : Cass. civ. 3^e, 30 juin 1971, *JCP* 1972, II, 16860, obs. E.M.B. ; Cass. Com., 14 avr. 1972, *JCP* 1972, II, 17269, obs. E. Alfandari.

³¹⁵ On acceptait alors une réduction partielle.

³¹⁶ L. n° 75-597 du 9 juill. 1975, *D.* 1976. Chron. 229 ; G. Paisant, « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale [L. du 9 juill. 1975] », *RTD civ.* 1985, p. 647.

législateur (2), le contrôle exercé sur cette peine privée tend à la rendre plus indemnitaire que comminatoire.

1. La modération de la sanction par le juge

86. L'influence du pouvoir de modération du juge sur la fonction de la clause. La loi du 9 juillet 1975 va redimensionner la fonction indemnitrice de la clause en accordant au juge le pouvoir de modérer le montant de la clause pénale en cas de montant excessif ou dérisoire³¹⁷. Le juge va ainsi pouvoir intervenir sur le contrat. C'est ainsi que le juge va pouvoir s'immiscer dans le contrat, en modifiant la loi des parties ? Les juges du fond vont avoir la possibilité de réviser le montant des dommages et intérêts alloués en cas d'inexécution de l'obligation par le débiteur, mais ils peuvent également, en cas d'inexécution partielle, réduire le montant de la peine à proportion³¹⁸ (a). En outre, l'importance accordée à cette règle est telle qu'il est interdit de rédiger une clause contraire à l'exercice par le juge de pouvoir modérateur³¹⁹.

a. Un rôle effectif du juge.

87. Présentation. La loi de 1975 vient modifier les anciens articles 1152 et 1231 du Code civil, relatifs aux dommages et intérêts et non les dispositions consacrées spécifiquement à la clause pénale³²⁰, ce qui a créé de nombreuses interrogations et débats sur les conséquences à en tirer³²¹, ainsi que de nombreuses hésitations jurisprudentielles³²². L'interrogation majeure porta sur le caractère excessif : sur quel élément de référence le juge va-t-il devoir se fonder pour l'évaluer ? Par rapport aux dommages et intérêts classiques ? Par rapport aux ressources financières des

³¹⁷ La modulation à la hausse de la clause pénale en cas de clause manifestement dérisoire reste très marginale. C'est pourquoi nous nous concentrons sur la modulation de la clause jugée manifestement excessive.

³¹⁸ En cas d'inexécution partielle, le rôle du juge ne souffre pas vraiment de contestation. Une certaine logique s'imprime même. Cela peut se cumuler avec la modération en cas de montant manifestement excessif.

³¹⁹ C. civ., art. 1235, 4^e al. : « Toute stipulation contraire aux deux alinéas précédents est réputée non écrite ».

³²⁰ C. Ophèle, « Dommages-intérêts et clause pénale », in N. Cayrol (Dir.), « La notion de dommages-intérêts », Dalloz, 2016, p. 313 et s.

³²¹ V. à ce propos : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, thèse, *op. cit.*

³²² Aujourd'hui, le pouvoir de modération du juge figure dans le texte unique consacré à la clause pénale à l'article 1231-5 nouveau du Code civil, issu de la réforme du Droit des obligations de 2016. L'alinéa 2 dispose ainsi que « le juge peut, même d'office, modérer ou augmenter la pénalité ainsi convenue si elle est manifestement excessive ou dérisoire ». L'alinéa 3 du même article dispose que « lorsque l'engagement a été exécuté en partie, la pénalité convenue peut être diminuée par le juge, même d'office, à proportion de l'intérêt que l'exécution partielle a procuré au créancier, sans préjudice de l'application de l'alinéa précédent ».

contractants ? Par rapport à la gravité de la faute commise ? La jurisprudence a répondu au fur et à mesure de ses décisions à ces interrogations.

88. Les facteurs de modération de la clause pénale : une appréciation *in concreto*.

Soulignons que le juge n'est pas tenu de moduler la clause : il reste libre de la modifier ou non en fonction des circonstances de fait, du montant de cette dernière et de la réalité du préjudice³²³. Il serait dès lors possible de penser que le juge ne devrait pas trop s'immiscer dans le contrat puisqu'il est tenu de motiver sa décision à chaque fois qu'il exerce son pouvoir de modulation, alors même qu'il n'en est rien lorsqu'il décide de ne pas modifier le montant de la peine privée encourue. Ces exigences spécifiques en matière de motivation s'expliquent par deux séries de raisons : d'une part, il convient de contrôler *a priori* l'immixtion du juge dans le contrat. En l'obligeant à justifier son intervention dans le contrat en modulant la sanction prévue par les parties, cela a pour but de restreindre son intervention au strict nécessaire. D'autre part, les parties doivent comprendre les raisons de la modification de leurs stipulations contractuelles. Cela permet non seulement aux parties en cause une meilleure compréhension de la décision, mais cela conduit également à mieux discerner ce qu'attendent les juges de la clause pénale.

Cependant, en pratique, le juge s'arroge régulièrement le droit de moduler la clause pénale, la plupart du temps à la baisse, dans le cadre du pouvoir qui lui est conféré de vérifier que le montant de la clause n'est pas manifestement excessif, comme le mentionne l'article 1231-5 al. 2 du Code civil (ou dérisoire). Or, pour discerner ce qui relève d'un excès manifeste ou non, les juges du fond doivent trouver un élément de comparaison. Celui-ci pourrait être relatif à des critères objectifs, des grilles créées par le législateur. Cela pourrait être également fonction de la faute commise par le débiteur et du degré de mauvaise volonté dont il a fait preuve dans l'exécution ou plutôt l'inexécution du contrat. En réalité, si ce dernier critère ne doit pas être totalement écarté³²⁴, le critère de modulation du montant de la clause pénale réside dans le rapprochement de son montant avec le préjudice subi³²⁵, une trop grande disproportion entre les deux conduisant à une réfaction par le juge³²⁶.

³²³ Cass. Civ. 1^{re}, 23 févr. 1982, n°81-10376. Il s'agit d'une solution constante.

³²⁴ Cass. Com, 11 févr. 1997, n°95-10.851, Bull. civ. I, n°47, RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. Mestre.

³²⁵ *Ibid.*

³²⁶ Cass. Soc., 23 oct. 1980, Bull. civ. V, n°765.

89. Le critère majeur de modulation : l'évaluation du préjudice. La réalité du préjudice subi se révèle être le critère majeur du contrôle du montant de l'indemnisation prévue par la clause pénale. Le juge doit donc évaluer le préjudice effectivement subi en se plaçant au jour de la décision³²⁷. Lorsqu'il existe une trop grande disproportion entre la clause pénale et le préjudice, cela caractérise « l'excès manifeste »³²⁸. Cela peut notamment être le cas lorsque le créancier ne subit en réalité aucun préjudice³²⁹. Dans cette hypothèse, certains juges n'hésitent pas à prononcer une condamnation symbolique, perdant ainsi tout caractère comminatoire. A l'inverse, les juges peuvent prononcer des dommages et intérêts inférieurs au montant de la clause pénale mais supérieurs au préjudice effectivement subi³³⁰ ; la seule limite à leur pouvoir est de ne pas fixer un montant en deçà du préjudice³³¹.

90. L'indifférence relative de la gravité de la faute commise par le débiteur. Si le critère principal de modulation du préjudice reste la gravité du préjudice, un autre critère a été discuté. Il s'agit de celui du comportement du débiteur. La clause pénale se trouvant dans le domaine des peines privées, il est pertinent de se demander si la volonté de lucre, le caractère délibérément oisif du débiteur ne peuvent pas influencer sur le montant fixé par le juge. La réponse de la Cour de cassation n'est pas limpide mais tend plutôt à délaissier cet élément d'évaluation. En effet, dans un arrêt de la chambre commerciale du 11 février 1997, la Cour de cassation a estimé que « *des motifs tirés du comportement du débiteur de la pénalité sont impropres à justifier à eux seuls le caractère manifestement excessif du montant de la clause* »³³². Si les auteurs ont tendance à déduire de cette solution que le comportement du débiteur ne doit pas être pris en considération, il convient d'être plus modéré car la Cour de cassation précise ici que ce critère ne peut pas être retenu « à lui seul ». Cela signifie donc que ce critère peut être pris en considération, à condition qu'il soit associé à d'autres, et particulièrement à la réalité du préjudice subi. En revanche, la situation financière des parties n'est pas du tout prise en considération. Par conséquent, peu importe que

³²⁷ Cass. civ. 1^{re}, 19 mars 1980, n°78-13.151, Bull. ci. I, n°95.

³²⁸ Cass. Soc., 23 oct. 1980, Bull. civ. V, n°765.

³²⁹ Cass. Civ. 3^e, 27 nov. 2002, n°00-21.347, RJDA 2003, n°224.

³³⁰ Cass. Com., 29 janvier 1991, n°89-16.446

³³¹ Cass. 1^{re} civ., 3 févr. 1982, n°80-13061.

³³² Cass. Com., 11 févr. 1997, n°95-10.851, Bull. civ. I, n°47, RTD civ. 1997, p. 654, obs. J. Mestre ; D. 1997, IR 71.

le débiteur ait des revenus modestes ou, au contraire, conséquents ; cela sera indifférent au juge qui ne retiendra pas ce critère dans la modulation du montant de la clause pénale.

91. Des clauses parfois écartées en droit spécial des contrats. Il est à noter un autre type d'intervention du juge en matière de clause pénale. En effet, les clauses pénales sont considérées comme des clauses grises dans les clauses abusives. Dès lors, si elles se retrouvent dans un contrat de consommation, elles seront réputées abusives, à charge pour le professionnel de démontrer l'absence d'abus dans le montant de la clause pénale. À défaut, la sanction classique s'appliquera et la clause sera réputée non écrite, afin de protéger le consommateur³³³. Ainsi, comme le souligne Monsieur Cyril NOBLOT, le consommateur serait mieux protégé par le droit de consommation que le professionnel, puisqu'il n'aurait plus besoin de recourir aux dispositions du Code civil instaurant le pouvoir modérateur du juge pour contrer une clause pénale qui lui serait trop défavorable³³⁴. Le consommateur serait alors, pour certains auteurs³³⁵, face à une option : les dispositions de droit commun ou les dispositions consuméristes. Pour Monsieur Denis MAZEAUD, au contraire, il n'aurait finalement pas ce choix puisque la solution s'impose d'elle-même³³⁶ : les dispositions consuméristes permettraient en effet d'écarter purement et simplement la clause pénale, considérée comme abusive³³⁷. Le consommateur aurait alors tout intérêt à plaider l'abus plutôt que l'excès manifeste³³⁸. Effectivement, ainsi que le souligne Monsieur Christophe BOURRIER, dans le droit commun, la « *clause pénale doit être manifestement excessive pour être révisée par le juge mais cet excès ne se trouve pas dans la comparaison entre le montant de la clause et les difficultés financières du débiteur mais entre le montant conventionnellement prévu et les conséquences que cause l'inexécution de son obligation* »³³⁹. Par conséquent, le juge ne « *traite pas de la faiblesse personnelle d'une des parties* »³⁴⁰. Dès lors, la clause pénale ne retrouverait un intérêt que

³³³ V. not. C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, Préf. de Fr. Labarthe, Bibliothèque de droit privé, t. 382, LGDJ, 2009, p. 205 et s. n°399 et s.

³³⁴ La Cour de cassation est à l'initiative de plusieurs solutions en ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 6. Janv. 1994, *Bull. civ. I*, n°8, p.6, *JCP G* 1994, II, 22237, note G. Paisant ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995. Par la suite, c'est le législateur qui est intervenu pour statuer sur la question en réputant non écrites les clauses pénales par le biais de la Loi du 1^{er} février 1995 qui avait prévu cela à l'ancien article L.132-1 al. 1^{er} du Code de la consommation.

³³⁵ C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative, op. cit.*, p. 205 et s. n°399 et s.

³³⁶ D. Mazeaud, note sous cass. Civ. 3^e, 26 mai 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 2, p.427.

³³⁷ A. Sinay-Citermann, note sous CA Paris, 20 sept. 1991, *JCP G* 1992, II, 21866.

³³⁸ C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative, op.cit.*, p. 205 et s. n°399 et s.

³³⁹ Ch. Bourrier, *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia Bruylant, coll. Thèses de sciences humaines, n°12, 2003, p.226, n°207.

³⁴⁰ C. Noblot, *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative, op. cit.*, 205 et s. n°399 et s.

dans le cadre des relations entre professionnels ou dans le cadre des relations entre particuliers. On note d'ailleurs le même choix en matière de droit de la concurrence, la chambre commerciale de la Cour de cassation ayant écarté une clause pénale dans un contrat entre professionnels lorsque cette dernière crée un déséquilibre significatif sur le fondement de l'ancien article L.442-6, I, 2° du Code de commerce. Dans un arrêt du 27 mai 2015³⁴¹, la Cour de cassation considère que l'impossibilité de négocier imposée à une partie conduit à la reconnaissance d'un déséquilibre significatif, ce qui entraîne l'inapplicabilité de la clause.

92. Une fonction indemnitaire privilégiée. Le rapprochement du montant de la clause pénale avec le préjudice subi conduit à considérer que la clause pénale a davantage aujourd'hui une fonction d'indemnisation qu'une fonction comminatoire. En considérant que la clause pénale peut être recalculée pour correspondre à la réalité du préjudice subi, la jurisprudence occulte en effet le caractère comminatoire puis répressif attribué à cette dernière. En principe, le créancier a l'assurance que si le débiteur ne remplit pas son obligation, il ne sera pas puni simplement à la hauteur du préjudice subi. Cela peut être très important, notamment lorsque le préjudice peut apparaître faible pour un créancier isolé ou lorsque ce montant n'engendrera aucun impact majeur pour le débiteur (particulièrement lorsque le préjudice est dérisoire par rapport au chiffre d'affaires du débiteur). En outre, cela a également pour conséquence de rapprocher indéniablement la clause pénale des dommages et intérêts classiques, calculés uniquement en fonction du préjudice subi par la victime. L'intérêt de la clause pénale s'amenuise alors.

93. Transition. L'appréciation *in concreto* de la situation contractuelle, conjuguée au mode d'évaluation du préjudice, conduit à laisser aux juges du fond une place prépondérante dans la modération de la clause pénale. En effet, en laissant le calcul du montant de la clause à l'appréciation souveraine des juges du fond, les caractères dissuasifs et répressifs de la clause

³⁴¹ Cass. Com., 27 mai 2015, n°14-11.387, *RTD civ.* 2015, 606, obs. H. Barbier ; *RTD com.* 2015, 486, obs. M. Chagny.

pénale s'effacent peu à peu. Ce constat est renforcé par le caractère d'ordre public du pouvoir modérateur du juge.

b. Un rôle de modération d'ordre public impactant le caractère comminatoire.

94. Un pouvoir de modération d'ordre public. Un des éléments marquants de ce pouvoir de modération de la clause pénale par le juge est son caractère d'ordre public³⁴². Les parties ne peuvent pas interdire l'intervention du juge en amont d'un quelconque litige. Toute clause contraire serait réputée non écrite. Il est donc impossible de priver les parties d'une éventuelle sollicitation du juge en vue d'une modulation de la peine privée. Pis, le juge peut même s'arroger le droit de modifier de lui-même le montant de la clause pénale, puisque les textes précisent bien qu'il peut la moduler d'office, à la hausse ou à la baisse, lorsqu'un litige se présente à lui. La pratique des prétoires atteste de l'exercice de ce pouvoir judiciaire. Monsieur Jean BEAUCHARD souligne que les petits tribunaux n'hésitent pas « à réduire considérablement les clauses pénales, bien au-delà du préjudice subi, voire même à supprimer toute peine sous la seule affirmation que la clause pénale est manifestement excessive »³⁴³. Pour lui, c'était « reconnaître au juge un pouvoir d'équité, qui est presque devenu en pratique un pouvoir quasi arbitraire »³⁴⁴. Pour Monsieur Sébastien PIMONT, un « tel pouvoir » constitue « une manifestation de l'influence du réalisme juridique en droit français »³⁴⁵.

95. Le recul du caractère comminatoire. Une des conséquences majeures tient au recul que cela implique de la force comminatoire de la sanction pénale. En effet, le contrôle exercé par le juge en vue de fulminer une sanction qui ne soit pas excessive vient priver la clause pénale de l'un de ses aspects les plus caractéristiques : le caractère comminatoire et punitif de la peine. La fonction de la clause pénale n'est pas l'indemnisation du préjudice subi, du moins ce n'est pas là sa fonction essentielle, même si elle y participe. Il s'agit au contraire de prévenir l'inexécution de l'obligation contractuelle par la dissuasion. Si le montant de la clause pénale est élevé, la crainte de son paiement devrait conduire le contractant à se montrer diligent dans l'exécution

³⁴² Le caractère d'ordre public du pouvoir de modération du juge avait été inscrit aux articles 1152 al. 3 et 1231 du Code civil. Désormais, le caractère impératif de cette règle se trouve affirmé à l'alinéa 4 du nouvel article 1231-5 du Code civil issu de sa réforme du droit des obligations de 2016.

³⁴³ J. Beauchard, *Droit de la distribution et de la consommation*, 1996, PUF, p. 339.

³⁴⁴ *Ibid.*

³⁴⁵ S. Pimont, *Répertoire de droit civil*, v° « clause pénale », *op. cit.*, n° 79.

de sa prestation. Au contraire, si ce dernier sait que même en cas d'inexécution, le montant de la clause pourra être révisé par le juge, alors la fonction comminatoire perd de sa force, tout comme le caractère punitif qui en découle en cas d'inexécution. Même le caractère forfaitaire de la clause, pourtant caractéristique de la clause pénale³⁴⁶, semble atténué puisque le juge pourra le modifier.

Cette intervention du juge dans le contrat par le biais de la clause pénale a conduit nombre de contractants à invoquer comme telles des clauses qui n'en portaient pas le nom, afin de pouvoir faire réviser leurs montants par les magistrats. De fait, la qualification est l'un des principaux contentieux relatifs aux clauses pénales en jurisprudence. Ainsi, des pénalités de retards n'ont pas été considérées comme une clause pénale par la chambre commerciale de la Cour de cassation en 2011³⁴⁷ et n'ont dès lors pas pu être réduites en raison d'un éventuel caractère abusif.

96. Transition. Le rôle du juge a été considérable dans la l'atténuation du caractère comminatoire de la clause pénale. Toutefois, le législateur a aussi joué un rôle conséquent, tout d'abord en accordant justement au juge le pouvoir de modifier le montant de la clause en 1975 ; ensuite, au moment de la réforme du droit des obligations de 2016, où les termes employés laissent douter du caractère toujours comminatoire de la clause.

2. La fonction d'indemnisation privilégiée par le législateur

97. Le caractère indemnitaire mis actuellement en exergue. La lecture de l'article 1231-5 du Code civil, issu de la réforme du droit des obligations du 10 février 2016, interroge sur le caractère comminatoire de la clause pénale. En effet, l'ordonnance de 2016 a conduit le législateur à adopter une définition un tant soit peu modifiée de la clause pénale. Dans cette nouvelle rédaction des articles consacrés à la clause pénale, le montant de la clause pénale est qualifié de « pénalité », ce qui conduit à l'envisager comme présentant un caractère majoritairement indemnitaire. Monsieur Dimitri HOUTCIEFF³⁴⁸ souligne d'ailleurs que le

³⁴⁶ La Cour de cassation retient notamment ce caractère forfaitaire afin de distinguer la clause pénale d'une clause limitative de responsabilité. V. Cass. Com., 18 déc. 2007, n°04.16-069 : Bull. civ. IV, n°265 : « ayant relevé que la clause dont se prévaut EDF ne prévoit pas le règlement d'une indemnisation forfaitaire, mais fixe un plafond d'indemnisation, « dans la limite du préjudice subi par le client », la cour d'appel en a exactement déduit que cette clause constitue une clause limitative de responsabilité et non une clause pénale ».

³⁴⁷ Cass. Com., 2 nov. 2011, n°10-14.677.

³⁴⁸ D. Houtcieff, *Droit des contrats, op. cit.*, p.685, n° 1054.

projet de réforme de la responsabilité civile du 13 mars 2017 prévoit de replacer la notion de pénalité au cœur de la clause pénale, particulièrement le futur article 1284 du Code civil.³⁴⁹ Ainsi que le soulignent Messieurs Gaël CHANTEPIE et Mathias LATINA, « *c'est affirmer la nature indemnitaire de cette sanction* »³⁵⁰. Enfin, un élément étonne particulièrement à la lecture du nouvel article 1231-5 consacré à la clause pénale. À aucun moment au sein des cinq alinéas que constituent cet article, les termes de « *clause pénale* » n'apparaissent... Est-ce à dire que la fonction indemnitaire de la clause a définitivement pris le pas sur la fonction comminatoire ? En outre, l'alinéa 1^{er} de ce texte dispose qu'au titre de la clause pénale, le contractant défaillant devra une « *certaine somme à titre de dommages et intérêts* ».

En choisissant de privilégier la fonction indemnitaire, le législateur ne va-t-il pas dans le sens de la jurisprudence et de la doctrine ? En effet, certaines décisions de jurisprudence allaient déjà dans le sens d'une indemnisation, comme notamment un arrêt de la première chambre civile du 10 octobre 1995³⁵¹. Il s'agirait alors d'une « *assimilation à un forfait de dommages-intérêts comportant un aspect incitatif* »³⁵². En outre, pour Messieurs Philippe SIMLER, François TERRÉ, Yves LEQUETTE et François CHÉNEDÉ, le caractère indemnitaire semble aussi être privilégié³⁵³. Pour Monsieur Philippe LE TOURNEAU, le caractère comminatoire n'apparaîtrait pas non plus comme un critère de qualification³⁵⁴, confirmant la vision de Pothier qui considérait que la clause pénale est destinée à dédommager le créancier et donc consiste donc en une compensation par dommages et intérêts. Le problème est alors que le régime juridique de la clause pénale conduit à des liens très étroits avec le régime du droit de la responsabilité, perdant ainsi grandement de son intérêt. Pour Madame Claude OPHELE, il s'agit finalement d'un remède conventionnel à une inexécution contractuelle.

Parée de sa fonction indemnitaire, la clause pénale présente néanmoins un intérêt dans la gestion de la sanction : en fixant à l'avance le montant de l'indemnité en cas d'inexécution de l'obligation par le contractant, cela permet de prévenir toute difficulté d'évaluation de l'indemnisation, sans

³⁴⁹ Article 1284 du Code civil du projet de réforme de droit de la responsabilité civile de 2017 : « *Toute inexécution du contrat ayant causé un dommage au créancier oblige le débiteur à en répondre. Sauf faute lourde ou dolosive, le débiteur n'est tenu de réparer que les conséquences de l'inexécution raisonnablement prévisibles lors de la formation du contrat.* »

³⁵⁰ . G. Chantepie et M. Latina, *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, p.635 et s., n°687 et s.

³⁵¹ Cass. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, D. 1996, note Fillon-Dufouleur.

³⁵² C. Ophèle, « Dommages-intérêts et clause pénale », *op. cit.*

³⁵³ Ph. Simler, F. Terré, Y. Lequette et Fr. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Précis Dalloz, *op. cit.*, p. 962 et s., n°891 et s.

³⁵⁴ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2021-2022, p.1530, n°3226.12

avoir à évaluer précisément le préjudice subi et surtout, sans avoir à recourir à un juge, ce qui constitue un réel gain de temps. Ainsi entendue, la clause pénale se mue en une « simple » clause forfaitaire de dommages et intérêts. Sans doute existe-t-il cependant encore une dualité de fonctions. Cependant, alors que le caractère comminatoire était privilégié autrefois, il apparaît en recul actuellement, sans toutefois disparaître totalement³⁵⁵..

98. Conclusion. La clause pénale contient les prémisses d'une véritable peine privée. Vue tour à tour comme une clause comminatoire et/ou indemnitaire, les évolutions conduisent à un recul de l'aspect punitif qui lui était originellement assigné, sans toutefois l'annihiler dans tous les contrats. Instrument utile dans la punition des contractants qui n'exécutent pas leurs obligations, elle se révèle pourtant insuffisante. Soumise au pouvoir modérateur du juge, restreinte à l'exécution du contrat, elle ne peut pas prendre toute sa dimension dans le champ répressif des sanctions. Il faut alors se tourner vers d'autres sanctions civiles pour trouver le moyen de punir effectivement les auteurs de manquements sans obligatoirement recourir aux sanctions non civiles.

99. Conclusion du chapitre. Les sanctions civiles revêtent un rôle essentiel en matière contractuelle. Leur présence est indispensable, particulièrement au regard de l'impact qu'elles ont sur le contrat, qu'il s'agisse de leur faire disparaître ou de le modifier afin d'assurer une exécution apaisée du contrat. Cependant, pour essentielles qu'elles soient, les sanctions civiles classiques n'en demeurent pas moins insuffisantes à sanctionner de manière idoine le contractant fautif. Les sanctions civiles encourues s'avèrent souvent trop peu intimidantes pour les auteurs des manquements et, lorsqu'elles sont prononcées, n'apparaissent que comme une goutte d'eau dans un océan de relations contractuelles dysfonctionnelles. Le caractère comminatoire est trop souvent absent et les sanctions existantes trop peu dissuasives pour les empêcher de récidiver. Certes, des sanctions plus innovantes sont venues rétablir l'intérêt pour les sanctions civiles pour les victimes, particulièrement en droit spécial des contrats. Toutefois, elles ne peuvent répondre à elles-seules aux nombreux manquements contractuels. Il est alors impératif de recourir à d'autres sanctions plus punitives en vue de dissuader les contractants de fauter. Le droit français s'intéresse particulièrement à deux nouvelles sanctions civiles : les dommages et intérêts punitifs et l'amende civile. Toutes deux d'essence civile, elles s'en

³⁵⁵ C. Ophèle, « Dommages-intérêts et clause pénale », *op. cit.*

éloignent néanmoins par de nombreux aspects, ce qui conduit même à s'interroger sur la nature réelle de ces nouvelles sanctions.

Chapitre 2. Les sanctions civiles renouvelées à la nature discutée

100. Le renouveau des peines privées. Le droit civil se distingue du droit pénal par de nombreux aspects. Qu'il s'agisse de la procédure, des sanctions, des juridictions, de l'impérativité des règles ou des principes qui innervent chacun des deux domaines, tout apparaît différent. Pourtant, aujourd'hui, la frontière ne semble plus aussi imperméable qu'auparavant. Outre le fait que l'on ne peut plus envisager ces matières totalement indépendamment l'une de l'autre, à cause notamment des matières de droit spécial qui viennent marier les différents domaines, tels que le droit de la consommation ou le droit de la concurrence, les sanctions ne sont plus aujourd'hui aussi distinctes les unes des autres qu'elles pouvaient l'être par le passé. En effet, la volonté du législateur et de la doctrine de trouver des solutions pour une meilleure effectivité des règles de droit les a conduits à envisager la sanction comme un véritable outil de modélisation du droit, un outil malléable pour une utilisation déformée de son but originel. Ainsi en est-il de certaines sanctions civiles instaurées en vue de pallier l'inefficacité des sanctions civiles existantes et de répondre à la volonté du législateur de restreindre le recours aux sanctions pénales. Ces sanctions civiles sont l'amende civile et les dommages et intérêts punitifs. Leur seul énoncé démontre la nature hybride de ces sanctions : entre une « amende » civile, traditionnellement associée à la matière pénale, et des dommages et intérêts « punitifs », qui trahissent une volonté répressive, nous faisons peut-être face aux plus beaux oxymores du droit français.

L'association de termes issus du droit civil avec d'autres issus du droit répressif dénote immédiatement et laisse dubitatif. Leur nature profonde est encore à discuter. Ces sanctions opèrent en effet un changement de paradigme qu'il est impératif de prendre en considération en vue d'une mise en œuvre optimisée en droit contractuel. Elles sont d'ailleurs diversement appréhendées par le droit français. Paradoxalement, les dommages et intérêts punitifs, qui se trouvent à la lisière de la sanction non civile, ne sont toujours pas autorisés en droit positif (Section 1), tandis que l'amende civile, qui a clairement basculé du côté des sanctions non civiles, a déjà intégré le dispositif législatif (section 2).

Section 1. Les Dommages et intérêts punitifs, à la lisière de la sanction non civile

101. Présentation. Les dommages et intérêts punitifs suscitent depuis de nombreuses années l'intérêt d'une partie de la doctrine, qu'il s'agisse des travaux de recherche classique ou des projets de réforme, qui conclut à leur consécration ou bien au contraire, à leur réfutation. Pourtant, cet intérêt manifeste se confronte à un rejet assez vif du législateur, puisque les dommages et intérêts punitifs n'existent toujours pas en tant que tel en droit positif français, contrairement au droit de *Common law*, qui adopte de façon assez généralisée ces derniers. Partant, l'expérience du droit anglo-saxon influe sûrement grandement sur la réticence du droit français à adopter cette peine privée, les montants excessifs rapportés dans des espèces américaines étant particulièrement prohibitifs³⁵⁶. Symboles de la peine privée par excellence, les dommages et intérêts punitifs dérogent aux principes communs de la sanction classique en droit civil, laquelle ne concerne pas la punition du responsable mais seulement la réparation du dommage subi par la victime. Néanmoins, cette sanction fait preuve d'un attrait non négligeable, de sorte que, si cette sanction est depuis quelques années discutée, (I) elle pourrait être à l'avenir consacrée (II).

I. Les dommages et intérêts punitifs, une sanction envisagée.

102. Présentation. Les dommages et intérêts punitifs s'apparentent à une peine privée qui n'a, jusqu'à présent, pas fait l'objet d'une consécration législative en droit interne. Cette sanction, pourtant très bien connue en *common law*, n'en est pas moins ignorée du législateur français, qui marque sa réticence à l'encontre de notion de peine privée. Pourtant, le droit français n'y est pas totalement hermétique, comme en attestent certaines décisions jurisprudentielles³⁵⁷, rejoignant ainsi l'opinion d'une partie de la doctrine, également favorable à l'introduction des dommages et intérêts punitifs, ce qui se traduit à travers les différents projets de réforme de droit des

³⁵⁶ Pour un exemple de ces montants particulièrement excessifs, il est possible de citer l'affaire Pillod, qui opposait des agriculteurs à la société Monsanto. Finalement, ils ont réussi à obtenir des dommages et intérêts de plusieurs milliards de dollars, même si ce montant a été ramené à 39 millions de dollars par la Cour d'appel de Californie (mettre les réf. Exactes).

³⁵⁷ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, *RLDC* 2011, p.3, obs. J. Mestre ; *RDC* 2011, p.459, obs. S. Carval.

obligations. Ainsi, les dommages et intérêts punitifs existent de manière variable dans la loi (A), tandis que la jurisprudence les accepte de façon prudente (B).

A. Les dommages et intérêts punitifs dans la loi

103. Présentation. D'abord réticent à l'idée des dommages et intérêts punitifs, le législateur s'interroge sur la pertinence de leur adoption en droit positif (1), ayant déjà admis l'existence de dommages et intérêts restitutoires en droit spécial (2).

1. Le droit positif : la question autour de dommages et intérêts punitifs

104. Définition. Monsieur Philippe CASSON définit les dommages et intérêts punitifs comme « *des dommages et intérêts alloués à la victime qui, s'ajoutant aux dommages et intérêts compensatoires, ont pour objet de sanctionner le caractère répréhensible du comportement du débiteur fautif et dont l'évaluation repose non sur l'ampleur du préjudice subi, mais sur la gravité de la faute commise par ce dernier* »³⁵⁸.

105. Des controverses doctrinales. Les dommages et intérêts punitifs suscitent un grand intérêt mais ils sont loin de faire l'unanimité. La doctrine est très partagée quant à la question de son admission en droit interne français. Du côté des opposants, la critique principale reste la contradiction avec le principe de la réparation intégrale, réparation sans perte ni profit. La notion apparaît même « *philosophiquement injustifiable* » au regard du principe de la réparation intégrale et de l'adage *Suum cuique tribuere* – « *chacun doit retrouver ce qui lui revient de droit* » pour Monsieur David CHILSTEIN. Cette opposition est assez forte et ce principe de la réparation intégrale constitue la barrière principale aujourd'hui à l'acceptation des dommages et intérêts punitifs en droit interne. Tandis que Madame Anne-Sophie CHONÉ estime que cela serait octroyer à la victime un avantage indu³⁵⁹, Monsieur Emmanuel DREYER parle à ce propos de « *regrettable mélange des genres* »³⁶⁰ et dénonce l'éventuel recours à des dommages et intérêts punitifs. Pourtant, sans rejeter ce principe de réparation intégrale, rappelé à l'article 1368³⁶¹, le projet de réforme de la

³⁵⁸ Ph. Casson, *Répertoire de droit civil*, Dalloz, févr. 2017 (actualisation mars 2021), v° « Dommages et intérêts », n°11.

³⁵⁹ A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010, n°600.

³⁶⁰ E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, I, 201.

³⁶¹ *Projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, 13 mars 2017, art. 1368.

responsabilité civile de 2017 laisse la place à la sanction de la faute lucrative, première étape vers la reconnaissance des dommages et intérêts punitifs, ce qui démontre la possible conciliation de ces derniers avec le principe fondateur de la responsabilité civile, à condition qu'ils soient encadrés. En outre, certains auteurs ont envisagé de contrer l'argument en proposant des solutions respectant la théorie de la réparation intégrale. Madame Suzanne CARVAL proposait ainsi de remettre l'argent à des organismes de bienfaisance et non pas à la victime³⁶², contournant ainsi le problème de réception d'une somme supérieure au préjudice subi. Cependant, d'autres, à l'image de Monsieur Evan RASCHEL, considèrent que cela ôterait toute logique à la sanction de toute et la rendrait plus injustifiable encore³⁶³.

Parmi les autres critiques, se trouve une crainte, celle du dévoiement de la sanction en des dommages et intérêts imprévisibles, qui pourraient être trop élevés et sans aucune adéquation avec le dommage. Des affaires étatsuniennes médiatiques avec des dommages et intérêts très conséquents ont renforcé cette méfiance, si ce n'est défiance, à l'égard de cette sanction. À ce propos, Monsieur Benoît JAVAUX affirme que les dommages et intérêts punitifs n'ont pas été étendus pour « éviter de créer une économie du contentieux, l'exemple souvent fantasmé des États-Unis agissant comme un repoussoir »³⁶⁴. C'est un risque qui a déjà été envisagé, notamment dans le cadre de l'étude qui a conduit à la rédaction du Rapport COULON de 2008. Le fait de permettre l'octroi de dommages et intérêts punitifs pourrait inciter les victimes à exercer leur esprit procédurier et à multiplier les actions. La crainte a été de voir combinées cette sanction et des actions collectives permettant la demande de plusieurs peines privées, conduisant à l'infliction de dommages et intérêts punitifs démesurés. C'est d'ailleurs pourquoi le Rapport Coulon³⁶⁵ n'avait finalement retenu que la création de l'action de groupe sans prévoir la consacrer de cette peine privée.

À l'inverse, du côté des défenseurs des dommages et intérêts punitifs, est avancée la nécessité de faire évoluer le droit français et de le faire intégrer le XXI^{ème} siècle. Madame Mireille DELMAS-MARTY envisageait dès 2004 la nécessité de se pencher sur cette question des

³⁶² S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Bibliothèque de de droit privé, t. 250, 1995, n°34.

³⁶³ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, *op. cit.*, p.352-353, n°490-491.

³⁶⁴ B. Javaux, « L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? », *JCP G* 2019, p.277.

³⁶⁵ J.-M. Coulon (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p.94.

dommages et intérêts punitifs et de les intégrer aux litiges liés à l'environnement et au droit de la consommation, ce qui permettrait à des associations de défendre ces « valeurs essentielles »³⁶⁶.

En outre, pour Madame Aline VIGNON-BARRAULT, « la consécration des dommages-intérêts punitifs aurait ainsi le mérite de sortir la peine privée de la nébuleuse dans laquelle elle est plongée »³⁶⁷. Cette dernière souligne ainsi le fait que sous couvert de l'indemnisation du préjudice moral, on gonflerait artificiellement les dommages et intérêts compensatoires en vue de punir indirectement l'auteur. Si cela n'est pas encore flagrant en matière contractuelle, de nombreux exemples sont constatés en matière d'atteinte aux droits de la personnalité, à l'honneur ou à la vie privée, notamment par voie de presse³⁶⁸. C'est d'ailleurs ce que souligne également Monsieur Yves-Marie LAITHIER, qui affirme que « l'officialisation de la fonction punitive de la responsabilité civile offrirait de meilleures garanties, eu égard notamment à l'exigence fondamentale de proportionnalité de la sanction »³⁶⁹.

Enfin, les dommages et intérêts punitifs présentent l'intérêt non négligeable de ne pas avoir à chercher la preuve du lucre, du profit réalisé par l'auteur de la faute contrairement aux dommages et intérêts restitutoires³⁷⁰, lesquels impliquent que le fautif a bénéficié plus que de mesure du manquement qu'il a lui-même infligé à la victime. En matière de preuve, cela faciliterait la position de la victime.

106. Droit comparé. Les expériences étrangères ont indubitablement nourri les études françaises. L'application des dommages et intérêts en droit anglo-saxon intéressent particulièrement les auteurs français. Qu'il s'agisse des États-Unis où les punitive damages sont devenus une sanction symbolique de leur système judiciaire ou du droit anglais où les dommages et intérêts exemplaires sont admis de façon plus encadrée depuis 2001³⁷¹, ils ne laissent pas indifférents³⁷². Ces sanctions peuvent notamment être retenus dans le cadre de l'application de

³⁶⁶ L. Boy, *RTD civ.* 2005, p 199, évoquant l'ouvrage de Mireille DELMAS-MARTY, *Le relatif et l'universel, Les forces imaginantes du droit*, Seuil, coll. La couleur des idées, Seuil, 2004.

³⁶⁷ A. Vignon-Barrault, « Dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts punitifs », in *La notion de dommages-intérêts, op. cit.*, p. 299, spéc. p. 304.

³⁶⁸ V. par ex. : Cass. civ. 2^e, 18 mars 2004, n°02-12.743, Bull. civ. II, n°135. Il s'agissait d'une condamnation à verser 50 000 francs au titre de l'indemnisation du préjudice moral.

³⁶⁹ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., p. 426, n°330.

³⁷⁰ Cf. *infra*, n°108 et s.

³⁷¹ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., p. 427 et s., n°330.

³⁷² J.-L. Baudoin, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *common law* », in *Études offertes au Professeur Philippe Malinvaud*, Litec, 2007, p.1.

la théorie de la violation efficace, théorie développée par Monsieur Yves-Marie LAITHIER³⁷³, laquelle consiste en la violation du contrat à des fins lucratives. En droit québécois, après avoir d'abord été rejetés par la jurisprudence, les dommages et intérêts punitifs ont progressivement été autorisés, à ceci près qu'ils ne peuvent être prononcés que dans les cas spécifiques où la loi l'a prévu, par exemple en droit de la consommation³⁷⁴. D'autres pays ont tenté de mettre en place les dommages et intérêts punitifs en Europe, notamment les droits suisses et allemands, en créant l'action pour « *enrichissement illégitime* »³⁷⁵. Cependant, il s'agit d'une application assez timide qui consiste à condamner au versement des sommes correspondant à l'enrichissement dénoncé. Par conséquent, cela ne constitue pas de véritables dommages et intérêts punitifs, mais plutôt des dommages et intérêts restitutoires, ce qui fait dire à Monsieur Evan RASCHEL qu'il s'agit d'un échec au regard de la consécration de la notion de dommages et intérêts punitifs³⁷⁶.

Quant au droit européen, en général assez libéral, il apparaît très réticent à l'application des dommages et intérêts punitifs. L'arrêt *Manfredi* du 13 juillet 2006 de la Cour de Justice des Communautés européennes³⁷⁷ affirme ainsi que le respect du principe d'effectivité ne doit pas entraîner « *un enrichissement sans cause des ayant droit* ». La même attitude est à observer du côté de la Cour européenne des droits de l'homme qui refuse toujours d'accorder des dommages et intérêts punitifs, rejetant de manière assez catégorique toutes les demandes en ce sens³⁷⁸, comme le constate Monsieur Olivier SABARD³⁷⁹. Cependant, il faut relativiser ce refus au regard du souhait de la cour d'octroyer une sanction équitable, les montants pouvant faire penser à une reconnaissance implicite de dommages et intérêts punitifs³⁸⁰.

L'introduction des dommages et intérêts au sein du dispositif législatif français aurait pour intérêt de rappeler la fonction moralisatrice de la responsabilité, qui s'est délitée au fur et à mesure

³⁷³ Y.-M. Laithier, *Etude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, p. 489 et s., n°409 et s.

³⁷⁴ V sur cette question P.-G. Jobin, « Les dommages punitifs en droit québécois », in *Liber amicorum Jean Calais-Auloy*. Etudes de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 536 et s ; M. Lacroix, « Regards québécois », in Bl. Mallet-Bricout (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p.79.

³⁷⁵ F. Werro, « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Etudes à la mémoire de Christina Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p.745 et s.

³⁷⁶ E. Raschel *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, *op. cit.*, p.352-353, n°490-491.

³⁷⁷ CJCE, 13 juillet 2006, aff. Jtes C-2954/04, Manfredi et a., spéc. cons. 99 ; note L. Idot, Précisions sur le régime de l'action en réparation, *revue Europe*, n°10, oct. 2006, comm. 291.

³⁷⁸ V. par ex. CEDH 1^{er} avr. 1998, Akdivar et autres c/ Turquie, : req. N°21893/93.

³⁷⁹ O. Sabard, « Dommages-intérêts et satisfaction équitable », in *La notion de dommages-intérêts*, *op. cit.*, p. 223, sp. p.231, n°23.

³⁸⁰ O. Sabard, note sous CEDH 25 juin 2013, Trévalec c/ Belgique (req. N°3081/07), « Le principe de réparation intégrale menacé par la satisfaction équitable ! », *D.* 2013, p. 2139.

que l'objectivation de la faute s'imposait dans le droit de la responsabilité délictuelle³⁸¹. De nombreux auteurs s'attachent ainsi à défendre ces dommages et intérêts punitifs, dont Mesdames Geneviève VINEY³⁸² ou Suzanne CARVAL³⁸³, mais également Messieurs Philippe LE TOURNEAU³⁸⁴ ou Olivier ANSELME-MARTIN³⁸⁵. Ainsi que le soulignent Mesdames Yvaine BUFFELAN-LANORE et Virginie LARRIBAU-TERNEYRE, les dommages et intérêts punitifs ont « *l'intérêt de rappeler la fonction moralisatrice de la responsabilité civile* »³⁸⁶, laquelle peut être mise en doute actuellement, tant le phénomène d'objectivation de la faute a pris une place importante en droit de la responsabilité civile.

C'est ainsi que les avant-projets de réforme du droit des contrats et de la responsabilité civile envisagent leur introduction dans notre système juridique, même si le degré d'intégration se révèle variable. L'avant-projet TERRÉ prévoit des dommages et intérêts punitifs « *édulcorés* », qu'il nomme « *dommages et intérêts substitutifs* » en consacrant simplement la possibilité de sanctionner les fautes lucratives par le biais de cette sanction³⁸⁷. Intéressante, la solution reste pourtant assez timide. Une autre proposition faite par des Sénateurs va dans le même sens, puisqu'elle prévoit en proposition n°24 : « *autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires* »³⁸⁸.

L'avant-projet Catala s'est révélé être le plus audacieux sur la question. L'article 1371 du projet prévoit que : « *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* ». Il s'agit là d'une véritable consécration des

³⁸¹ Cette tendance s'observe tant en responsabilité du fait des choses qu'en matière de responsabilité du fait d'autrui.

³⁸² G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009, p.2944 et s. spéc. p. 2947.

³⁸³ *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit.*

³⁸⁴ Ph. Le Tourneau, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2021-2022, n°0113.16.

³⁸⁵ O. Anselme-Martin, *La responsabilité civile délictuelle objective : essai d'une théorie générale de la responsabilité civile délictuelle*. Thèse soutenue en 1991 à Montpellier 1, sous la direction de Bernard Teyssié.

³⁸⁶ Y. Buffelan-Lanaure et V. Larribau-Terneyre, *Droit civil – Les obligations*, Sirey, 7^e éd. 2020, p.857 et s., n°2513 et s.

³⁸⁷ Avant-projet Terré, art. 54.

³⁸⁸ Alain Anziani et Laurent Bêteille, sénateurs, au nom de la commission des lois, *Rapport d'information établi par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*. Proposition numéro 24.

dommages et intérêts punitifs, envisagée pour faire face « à l'inaptitude de la réparation civile et de la répression pénale à endiguer les fautes lucratives » selon Monsieur Denis MAZEAUD³⁸⁹. Il ajoute qu'il s'agirait d'un « *remède approprié en raison de leur caractère comminatoire, lequel assure le respect scrupuleux des règles légales et contractuelles, en interdisant à l'auteur d'un dommage de tirer un plus grand profit en le causant qu'en l'évitant* »³⁹⁰. Cette proposition se rapproche le plus de la véritable définition des dommages et intérêts punitifs. On peut cependant noter qu'une partie de la somme pourrait être octroyée au Trésor public, cela restant toutefois à la discrétion du juge.

Finalement, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 ne va pas jusqu'à cette consécration mais se contente d'une solution timorée en prévoyant seulement la sanction de la faute lucrative et en ne mentionnant pas directement les dommages et intérêts punitifs. Cette sanction se traduira par le versement d'une amende civile, destinée au Trésor public ou à des fonds dédiés à la réparation de certains dommages. Aucun versement n'est donc prévu pour les victimes, ce qui ne devrait pas les inciter à agir. En outre, les dommages et intérêts punitifs disparaissent pour laisser place à l'amende civile, qui joue un rôle de plus en plus important en matière de droit économique contractuel³⁹¹.

107. Transition. Si les débats sont vifs et si certaines propositions se font jour, le droit positif actuel se refuse toujours à admettre l'existence de dommages et intérêts comme une véritable peine privée. Seuls des dommages et intérêts restitutoires parviennent à se faire une petite place dans la législation spécialisée actuellement.

2. Le droit positif : l'existence des dommages et intérêts restitutoires

108. Des dommages et intérêts restitutoires pour lutter contre la contrefaçon. À la différence des dommages et intérêts punitifs *stricto sensu*, les dommages et intérêts restitutoires, s'ils sont d'un montant supérieur à la valeur de la réparation intégrale du préjudice, consistent pour « *l'auteur d'une faute à payer des dommages et intérêts équivalents au profit qu'il a réalisé grâce à cette*

³⁸⁹ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *op. cit.*, p. 235 et s, spéc. p.253-254.

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ Cf. infra, section 2.

faute, même si le profit excède le dommage causé»³⁹². Il s'agit alors, comme le souligne Monsieur Jean-Sébastien BORGHETTI, non pas de se placer du point de vue de la victime, mais du point de vue de l'auteur : « *on aurait là une sanction qui, au lieu d'abolir le passé du point de vue de la victime, permettrait de l'abolir du point de vue du responsable, en faisant disparaître le bénéfice pouvant subsister pour lui, même après qu'il a réparé le dommage causé* »³⁹³.

Ces dommages et intérêts restitutoires existent déjà en droit interne, en matière de contrefaçon. Ils sont prévus à l'article L. 331-1-3 du Code de la propriété intellectuelle depuis 2007³⁹⁴. Ce dernier prévoit ainsi, dans sa rédaction issue d'une loi du 11 mars 2014³⁹⁵, trois éléments à prendre en considération dans l'évaluation des dommages et intérêts : « *1° les conséquences économiques négatives de l'atteinte aux droits dont le manque à gagner et la perte subis par la partie lésée ; 2° le préjudice moral causé à cette dernière ; 3° et les bénéfices réalisés par l'auteur de l'atteinte aux droits, y compris les économies d'investissements intellectuels, matériels et promotionnels que celui-ci a retirés de l'atteinte aux droits* ». Si les deux premiers critères correspondent aux éléments à prendre en considération en matière d'attribution de dommages et intérêts classiques, le troisième se distingue clairement en se plaçant du côté du responsable du manquement. Il s'agit alors clairement de prendre en compte le profit réalisé et de le restituer à la victime. En pratique, cette mise en œuvre des dommages et intérêts restitutoires n'est pas forcément évidente à mettre en œuvre, notamment au regard de l'évaluation du bénéfice perçu³⁹⁶, son calcul étant en général compliqué par l'absence de fourniture de pièces justificatives par les parties³⁹⁷. C'est d'ailleurs pourquoi le législateur prévoit la possibilité d'une alternative avec le choix d'un forfait qui ne peut être inférieur au « *montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a été porté atteinte* »³⁹⁸, même si cette possibilité semble rejetée en pratique par les demandeurs comme le souligne Madame COURBOULAY, magistrate³⁹⁹.

³⁹² J.-S. Borghetti, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol 1, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.257 et s., sp. p.271, n°29.

³⁹³ *Ibid.*, n°30.

³⁹⁴ Loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007, qui transpose la directive 2004/48/CE du 29 avril 2004.

³⁹⁵ Loi n°2014-315 du 11 mars 2014.

³⁹⁶ CA Pau, 31 mars 2010, *PIBD* 920, III, p.395 ; TGI Créteil, 9 mars 2010, *PIBD* 917, III, p.281.

³⁹⁷ G. Bardou, « indemniser ou punir. Des dommages-intérêts et autres condamnations pécuniaires en matière de propriété intellectuelle », in *La notion de dommages-intérêts, op. cit.*, p. 261, sp. p. 265-266.

³⁹⁸ *Ibid.*

³⁹⁹ Madame Courboulay, Présidente de la 3^e chambre du TGI de Paris, in Conférence du CNAC – Dommages et intérêts de la contrefaçon, 19 oct. 2015, in Bardou, « indemniser ou punir. Des dommages-intérêts et autres condamnations pécuniaires en matière de propriété intellectuelle », *op. cit.*, p. 261, sp. p. 266.

Cette notion de dommages et intérêts restitutoires se distingue des dommages et intérêts classiques sans pour autant basculer dans les excès du système américain, les autorités communautaires s'étant refusées à « imposer États membres d'appliquer en matière de contrefaçon un fort coefficient multiplicateur au préjudice subi »⁴⁰⁰, car contraire « *aux principes civilistes en vigueur dans la majorité des États de l'Union et aussi, sans doute, comme excessive* »⁴⁰¹

109. Le caractère punitif discuté. Si le dépassement de la réparation intégrale est certain, d'aucuns pensent qu'il n'existe pas pour autant de basculement dans la sanction répressive. Ainsi en est-il des autorités européennes, qui refusent de caractériser le caractère répressif de cette sanction⁴⁰². Madame Blandine MALLET-BRICOUT parle quant à elle du « *caractère punitif indirect* »⁴⁰³ de ces dommages et intérêts restitutoires, « *par le biais du retrait du bénéfice obtenu de l'acte dommageable* »⁴⁰⁴. Le caractère répressif de cette sanction mixte est de fait à relativiser du côté de l'auteur, puisque dans l'absolu, il n'aura pas à redonner plus que le profit perçu par la faute. L'idée est donc de revenir à une balance nulle à son égard, faire « comme si » ce dernier n'avait jamais commis la faute et qu'il puisse n'en garder aucun bénéfice. En revanche, il est vrai que du côté de la victime, les dommages et intérêts perçus pourront être plus élevés que ceux dont il aurait bénéficié en présence de dommages et intérêts classiques. Cependant, cela reste à nuancer, puisque l'attribution de ces dommages et intérêts peuvent être considérés comme une compensation supplémentaire pour les dommages subis. On ne s'écarte jamais totalement du préjudice initial. C'est d'ailleurs ce que rappelle un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 juin 2020 qui reprend tout d'abord le principe de réparation intégrale avant d'envisager les dommages et intérêts restitutoires⁴⁰⁵.

Rappelons que ce choix des dommages et intérêts restitutoires était celui retenu par le projet TERRÉ de réforme du droit de la responsabilité civile en présence d'une faute intentionnelle lucrative⁴⁰⁶. Cela reste toutefois une version très allégée des dommages et intérêts punitifs qui ne sont pas consacrés en tant que tels. De trop nombreuses contraintes entourent ces dommages

⁴⁰⁰ F. Pollaud-Dulian, *RTD com.* 2011, 115, note sous TGI Paris, 8 juin 2010.

⁴⁰¹ *Ibid.*

⁴⁰² V. Dir. (UE) 2016/943 du 8 juin 2016 sur la protection du savoir-faire et des informations commerciales non divulguées, consid. n°30.

⁴⁰³ Bl. Mallet-Bricout, « La fonction de sanction de la responsabilité civile », in Chr. Larroumet (dir), *La responsabilité civile- Questions actuelles*, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2018, p. 139, sp. p. 156.

⁴⁰⁴ *Ibid.*

⁴⁰⁵ CA Paris (pôle 5, ch. 2), 19 juin 2020, n°29/02523 ; J. Daleau, « Photographies : de l'œuvre à sa contrefaçon » – *D. IP/IT* 2021. 96 A propos de CA Paris, (pôle 5, ch. 2), 19 juin 2020, n°19/02523. Arrêt confirmatif.

⁴⁰⁶ Article 54 du Projet Terré du droit de la réforme de la responsabilité civile.

et intérêts restitutoires, même s'ils constituent un premier pas qui vise à sanctionner la faute lucrative.

110. Transition. Le législateur n'a donc pas encore consacré les dommages et intérêts punitifs en droit positif en dépit des propositions en ce sens. Seuls des dommages et intérêts restitutoires sont admis de manière ciblée dans le cadre de la sanction de la contrefaçon. La jurisprudence peut parfois se faire le relais d'un législateur trop timoré ou attentiste. Ici, elle se montre plutôt prudente, sans condamner totalement la possibilité de l'existence de ces dommages et intérêts punitifs en droit interne.

B. Les dommages et intérêts punitifs dans la jurisprudence

111. Une application confidentielle des dommages et intérêts punitifs par les juges du fond. Comme souvent en droit de la responsabilité, le rôle de la jurisprudence est primordial, et même précurseur, face à l'inertie législative. Ce droit s'est d'ailleurs majoritairement construit grâce à la jurisprudence, comme l'ont notamment rappelé à juste titre Messieurs Olivier DESCAMPS et Philippe BRUN à l'occasion d'un colloque consacré à la Cour de cassation et l'évolution de la responsabilité civile⁴⁰⁷. Toutefois, c'est plutôt du côté des juges du fond qu'il faut rechercher une certaine pratique des dommages et intérêts punitifs, malgré une absence de disposition allant dans ce sens. En effet, la malléabilité des dommages et intérêts classiques est connue, tout comme la grande diversité des préjudices. Les juges ont ainsi découvert au fil du temps et des jurisprudences de nombreux préjudices réparables, allant des traditionnels préjudices matériels et corporels aux préjudices moraux, d'affection ou même d'angoisse⁴⁰⁸.

En matière de dommages et intérêts punitifs, malgré une absence de consécration législative, nombreux sont les auteurs⁴⁰⁹ qui s'accordent à dire qu'il y aurait une existence de fait de cette sanction, prononcée par les juges du fond, sous couvert d'évaluations plus importantes des dommages et intérêts plus élevés difficilement évaluables, comme le préjudice moral. Pour

⁴⁰⁷ Colloque, *La Cour de cassation et l'évolution de la responsabilité civile*, 3 juin 2019, Cour de cassation, <https://www.youtube.com/watch?v=MAMkVhqt6jg>

⁴⁰⁸ V. not. : St. Porchy-Simon, « La réparation du préjudice moral : quelles limites ? », in Bl. Mallet-Bricoud (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité française. Regards croisés franco-québécois*, Dalloz, coll. Actes, 2018, p. 109.

⁴⁰⁹ Parmi les différents auteurs reconnaissant une certaine présence des dommages et intérêts punitifs au sein de la jurisprudence des juges du fond, se trouvent Monsieur Jean-Sébastien Borghetti, Boris Stark ou encore Madame Suzanne Carval et Madame Nathalie Fournier de Crouy.

Monsieur Evan RASCHEL, « *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 ou corporel* »⁴¹⁰. Du reste, la latitude laissée aux juridictions du fond dans l'évaluation du dommage permet cette possibilité, alors que le calcul du montant est laissé à l'appréciation souveraine des juges du fond. RIPERT envisageait déjà cette éventualité⁴¹¹, conséquence naturelle de la liberté accordée aux juges de juger *in concreto* pour la fixation des dommages et intérêts. Il faut néanmoins concéder que dans ces cas, comme le souligne Monsieur Jean-Sébastien BORGHETTI, « *les montants en jeu restent d'ordinaire assez modestes* »⁴¹². Ainsi, pour certains auteurs, comme Boris STARCK⁴¹³ et Madame Suzanne CARVAL⁴¹⁴, on peut noter une certaine existence de la peine privée en droit français. Pour Monsieur Evan RASCHEL, une telle tendance reste une application assez « *anecdotique* » de la peine privée, même si cela constitue déjà en soi une « *dénaturation de la responsabilité civile* »⁴¹⁵.

112. Une première ouverture à l'existence plus officielle des dommages et intérêts punitifs. Toutefois, l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 2010 marque un véritable tournant dans le processus d'admission des dommages et intérêts punitifs, même s'il ne va pas jusqu'à leur donner une véritable application⁴¹⁶. En l'espèce, un créancier demandait aux juridictions françaises l'exéquatur d'une décision de la Cour suprême de Californie, qui avait notamment condamné une société française à l'octroi de dommages et intérêts punitifs. La Cour de cassation affirme alors « *[S]i le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public il en est autrement lorsque le montant est disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur* ».

Au regard de cette solution, trois enseignements peuvent en ressortir. Premièrement, les dommages et intérêts punitifs ne sont pas contraires à l'ordre public, ce qui signifie que rien ne s'oppose à ce que cette sanction soit prononcée en droit interne. Pour Monsieur Jacques Mestre,

⁴¹⁰ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, *op. cit.*, p.349-350, n°488.

⁴¹¹ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013, n°181.

⁴¹² J.-S. Borghetti, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices » *op. cit.*, p.257 et s., sp. p.271, n°28.

⁴¹³ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th., Paris, 1947.

⁴¹⁴ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*

⁴¹⁵ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, *op. cit.*, p.349-350, n°488

⁴¹⁶ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010 ; RLDC 2011, p.3 obs. Mestre ; RDC 2011, p.459, obs. S. Carval.

il s'agit d'une « *discrète ouverture pratiquée par la Cour de cassation [laquelle] pourrait donc peut-être annoncer des jours meilleurs* »⁴¹⁷. Cette sanction étant systématiquement rejetée depuis de nombreuses années au prétexte du principe de réparation intégrale, cette ouverture est un réel pas en avant. Cependant, elle est conditionnée à un strict encadrement, ce que précisent les juges de la Cour de cassation. Deuxièmement, en effet, la sanction ne peut être prononcée qu'au regard du respect de deux conditions cumulatives : non seulement le montant doit être proportionné au préjudice subi ; mais il doit également être calculé en fonction des manquements aux obligations contractuelles du débiteur. Par conséquent, l'évaluation des dommages et intérêts ne se fait plus seulement en fonction de l'évaluation du préjudice subi ; mais elle ne s'en détache pas complètement. Surtout, est intégrée ici la prise en considération de la faute du débiteur, ce qui est particulièrement intéressant et se rapproche de la notion de peine privée. On retrouve ici une trace de la fonction moralisatrice de la responsabilité. Une certaine similitude avec certains mécanismes déjà connus peut être relevée. D'une part, le rapprochement avec les règles relatives aux des dommages et intérêts restitutoires en matière de contrefaçon est certain. Qu'il s'agisse de la proportionnalité au regard du préjudice subi ou du renvoi aux manquements des obligations contractuelles du débiteur, les critères sont très ressemblants. D'autre part, il est possible de faire un certain parallèle avec la clause pénale, pour l'une des conditions seulement, à savoir la proportionnalité avec le préjudice subi. La clause pénale nécessite, pour être valable qu'elle ne soit pas manifestement disproportionnée par rapport au préjudice subi⁴¹⁸. Le même élément de comparaison est donc ici utilisé. Troisièmement, les dommages et intérêts punitifs peuvent être prononcés en matière tant de responsabilité délictuelle que de responsabilité contractuelle. Par conséquent, tous les domaines du droit des contrats pourraient être impactés par la sanction des dommages et intérêts punitifs, qu'il s'agisse de la période précontractuelle, régie par la responsabilité civile délictuelle, ou de la formation et de l'exécution du contrat, où on retrouve la responsabilité contractuelle. La solution pourrait donc se révéler particulièrement intéressante alors que la sanction est actuellement est limitée au préjudice prévisible au contrat.

Pour Monsieur Denis MAZEAUD, la Cour de cassation ferait preuve d'une « *certaine bienveillance [...] à l'égard de ce nouveau type de sanctions contractuelles* »⁴¹⁹ par cet arrêt de 2010. Toutefois, cette bienveillance trouve sa limite dans les conditions de mise en œuvre requises, qui conduisent à

⁴¹⁷ J. Mestre, *RLDC* 2011, *op. cit.*

⁴¹⁸ Cf. *supra*, n°88 et s.

⁴¹⁹ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », *op. cit.*, sp. p.253.

un rejet de la demande d'exequatur de la décision californienne. Il est dès lors possible de se demander dans quelle mesure la sanction des dommages et intérêts punitifs se révèle réellement une peine privée envisageable, tant elle demeure circonscrite. Pourtant, cet encadrement des dommages et intérêts punitifs, s'ils devaient être appliqués en droit interne, est indispensable : non seulement cela conditionnerait une acceptation plus certaine de cette sanction au regard des nombreuses critiques qui lui sont adressées ; mais cela permettrait aussi d'éviter les dévoiements et les abus auxquels il ne faut pas céder.

113. Transition. Cette sanction, si peu présente en droit positif, doit pourtant être réellement considérée en droit contractuel. De nature obligatoirement hybride, puisque mélange entre sanction civile et peine privée, elle dispose d'un potentiel intéressant s'agissant de la sanction en matière économique contractuelle, domaine où l'on dénigre l'ineffectivité des sanctions civiles tout en rejetant, en principe du moins, le trop grand interventionnisme du droit pénal.

II. Les dommages et intérêts punitifs, une sanction hybride à considérer.

114. Une sanction en devenir. L'attrait certain pour les dommages et intérêts punitifs se conjugue actuellement avec une recherche d'efficacité du droit économique contractuel. Les lacunes des sanctions civiles classiques ont été soulignées et les sanctions non civiles, pour utiles et nécessaires qu'elles peuvent l'être⁴²⁰, présentent toujours l'inconvénient certain de de l'immixtion de sanctions d'autres natures dans un droit civil contractuel qui devrait pouvoir davantage se suffire à lui-même. La mise en place effective de dommages et intérêts punitifs apparaît dès lors opportune (A). Toutefois, il ne s'agit pas de laisser d'admettre sans restriction une sanction qui peut facilement basculer dans des excès non souhaitables. C'est pourquoi l'adoption des dommages et intérêts punitifs doit nécessairement s'accompagner d'un régime adapté et protecteur pour les parties (B).

⁴²⁰ Cf. *infra*, n°146 et s.

A. La nécessité de l'admission de dommages et intérêts punitifs.

115. Une sanction répressive. Les dommages et intérêts punitifs doivent être mis en place en droit français. Les dérives rencontrées dans le cadre d'autres législations ne doivent pas faire obstacle à l'introduction en droit français d'une sanction opportune pour le droit contractuel. Cependant, il ne faut pas dénier sa nature : il s'agit bien d'une sanction répressive et donc d'une peine privée. Dès lors, elle devrait être prononcée que dans certains cas. D'une part, la sanction des dommages et intérêts punitifs pourrait être prononcée à l'encontre de contractants ayant commis une faute intentionnelle grave, sans avoir pour autant à être lourde. L'intentionnalité du manquement est indispensable, car les dommages et intérêts punitifs comportent une forte connotation morale, ce qui conduit à redonner à la faute civile toute son importance. D'autre part, la sanction pourrait s'appliquer dès lors que le manquement a conduit au profit intentionnellement recherché au bénéfice de l'auteur ; la restitution du lucre devrait être automatiquement prévue. Cela permettrait ainsi de combiner les règles relatives aux dommages et intérêts punitifs et aux dommages et intérêts restitutoires, qui devraient être généralisés en matière de droit économique contractuel, à l'image du développement en matière pénale de la sanction des fautes lucratives par le biais de l'amende proportionnelle.

116. Transition. Ces dommages et intérêts punitifs seraient donc prononcés dans le cadre d'une faute lucrative d'une part, et dans le cadre de fautes intentionnelles d'autre part. Un encadrement certain est néanmoins indispensable, afin d'éviter les abus et de rassurer les détracteurs.

B. L'impérativité d'un encadrement des dommages et intérêts punitifs

117. Présentation. L'introduction des dommages et intérêts punitifs ne peut s'opérer sans la mise en place d'un régime spécifique, adapté à la sanction et susceptible de répondre aux craintes exprimées par ses opposants. C'est pourquoi il est impératif d'encadrer la sanction par des règles de droit substantiel tant en ce qui concerne l'assiette que le sort des dommages et intérêts (1). En outre, dans l'objectif de respecter les règles européennes, il apparaît impératif de respecter un cadre protecteur suffisant pour le débiteur de ces dommages et intérêts punitifs et, partant,

de lui accorder le bénéfice des règles inhérentes à la matière pénale, ce qui conduira à un encadrement de la sanction par des règles de droit procédural (2).

1. L'encadrement par des règles de droit substantiel

118. L'assiette des dommages et intérêts punitifs. Il semble pertinent de retenir comme point de départ une base de calcul correspondant au dommage subi. Cela donne un point de départ fiable sur lequel on peut facilement se fonder. Cependant, cela n'empêche pas de prendre en considération d'autres critères comme c'est le cas notamment actuellement dans le cadre des dommages et intérêts restitutoires, tel le profit reçu de son manquement.

L'application d'un coefficient multiplicateur semble ensuite être un mode de calcul assez juste des dommages et intérêts punitifs en les déterminant sur une base objective qui présente plusieurs avantages. Premièrement, cela donne une base de calcul objective aux juges du fond, qui ont été pendant si longtemps privés d'allouer des dommages et intérêts punitifs. Privilégier un coefficient multiplicateur permettrait alors de procéder au calcul de manière arithmétique sans risquer de voir les juges prononcer des sanctions trop lourdes. Cela permettrait d'empêcher un éventuel dévoiement des dommages et intérêts punitifs et d'éviter qu'ils deviennent incontrôlables avec des sommes trop élevées, comme le fait craindre l'exemple américain⁴²¹. Deuxièmement, ce mode de calcul éviterait une trop grande disparité entre les différentes juridictions du fond, ce qui garantit une meilleure équité entre les justiciables. L'on sait qu'il existe en pratique une certaine latitude des juges pour l'octroi des dommages et intérêts classiques, ce qui leur permet, grâce à la grande variété des préjudices, de sanctionner plus ou moins indirectement de manière plus sévères certains auteurs. Si certains systèmes indicatifs ont été mis en place, à l'image de la nomenclature Dintilhac, l'allocation de dommages et intérêts restent néanmoins assez disparate. L'inclusion dans le système de calcul d'un coefficient multiplicateur en fonction de la valeur du préjudice subi permettrait de tempérer et de contrer d'éventuels excès. Au surplus, cela permettrait de s'assurer contre un éventuel dévoiement des dommages et intérêts punitifs et éviter qu'ils deviennent incontrôlables avec des sommes trop élevées, comme le fait craindre l'exemple américain

⁴²¹ Du moins dans certains Etats des Etats-Unis, puisque d'autres choisissent de contrôler le montant maximal des dommages et intérêts punitifs.

Troisièmement, et enfin, cela pourrait inciter les victimes à agir en justice et à obtenir réparation. Si pour certains auteurs cela pourrait conduire les justiciables à entretenir leur esprit vengeur et procédurier⁴²², un tel mode de calcul pourrait au contraire les inciter à obtenir réellement réparation pour les manquements commis. Il importe à cet égard de souligner que les responsables des manquements contractuels, qu'ils soient effectués pendant la formation du contrat ou au moment de son exécution, échappent trop souvent à leurs responsabilités en raison du découragement des victimes à agir en justice pour de trop petites sommes. Cela crée une impunité de fait. Aujourd'hui, même si la DGCCRF et le ministère de l'Économie sont amenés parfois à agir sur d'autres fondements que nous verrons ultérieurement, cela reste encore trop limité ; aussi nous apparaît-il indispensable que la victime soit réellement actrice. Or, elle ne le sera que si elle y voit un véritable intérêt. L'octroi d'une indemnisation plus élevée que le préjudice subi pourrait l'y inciter. Certaines lois américaines adoptent ce système en droit de la concurrence, en permettant aux victimes de réclamer en justice le triple du préjudice subi afin de « faciliter la répression d'agissements souvent occultes, en incitant les personnes privées à saisir la justice »⁴²³.

Enfin, le calcul pourrait être opéré dans le cadre du respect d'un double plafond : 1. le montant ne pourrait pas être supérieur à une certaine somme (par exemple 100 000 €), au-delà de quoi la sanction basculerait forcément en amende pénale. 2. Le montant ne pourrait pas non plus être supérieur à un certain pourcentage du chiffre d'affaires des contractants fautifs. Concernant le choix du montant, et afin d'éviter de trop grandes disparités, un système de nomenclature similaire à la nomenclature Dinthilac pourrait voir le jour.

119. Le sort des dommages et intérêts punitifs. De fait, la mise en place de dommages et intérêts punitifs doit s'accompagner du versement de ces derniers à la victime, du moins pour une part, ce qui s'avère indispensable dans le cadre d'une politique d'incitation. La victime ne trouvera pas plus d'intérêt à agir qu'actuellement si elle ne retire aucun bénéfice des dommages et intérêts punitifs. Le problème actuel persistera, surtout dans le cadre de petits litiges où les dommages sont faibles pour une seule victime mais peuvent s'avérer conséquents au regard du nombre de victimes. Cependant, il apparaîtrait opportun que toute la somme n'aille pas à la

⁴²² Comme le constate Monsieur Denis Mazeaud : D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *op. cit.* p. 235 et s, spéc. p.253.

⁴²³ J. Billefont, *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, t. 549, 2013, p.106, n°151.

victime lorsque les dommages et intérêts punitifs sont trop élevés. Au-delà de l'application d'un coefficient multiplicateur de 3 par rapport au préjudice qu'elle a subi. Si le principe de la réparation intégrale est totalement dépassé, il faut quand même garder à l'esprit l'absence de bénéfice indu : si le montant sera plus élevé que la réparation du préjudice intégral, le montant perçu ne doit pas devenir une amende répressive pour l'un, une vengeance pour l'autre.

Dès lors qu'il s'agit d'une faute commise dans le cadre du domaine contractuel, la part supplémentaire des dommages et intérêts, non attribuée à la victime, devrait aller à l'alimentation d'un fonds spécifique, créé à cette fin, lequel redistribuerait les sommes aux associations de défense des consommateurs et celles défendant les entreprises en situation de faiblesse. Le choix est ici fait d'exclure le Trésor public, choix qui est justifié par deux séries de raisons : non seulement le Trésor public est déjà destinataire de toutes les amendes pénales, administratives et civiles ; mais en outre, les associations de défense des contractants victimes éprouvent souvent des difficultés à financer les procédures d'actions collectives. Ce serait une opportunité de permettre à ces organismes de développer leurs actions afin de mieux protéger l'économie de marché et de garantir une protection effective des contractants, et ainsi, entrer dans un cercle vertueux avec une mise en œuvre optimisée des moyens existants pour protéger les contractants.

120. Transition. Il est impératif d'encadrer le montant et le sort des sommes issues de l'infliction de la sanction. Cependant, au vu de la gravité de cette sanction, il est également impératif d'encadrer le recours à cette sanction par des règles procédurales.

2. L'encadrement par des règles de droit procédural

121. Une protection procédurale. Autoriser l'aggravation du *quantum* des dommages et intérêts c'est ne plus se satisfaire de la stricte réparation du préjudice subi, et ainsi laisser une plus grande liberté au juge dans le choix du montant de la sanction. Or, cela crée des risques supplémentaires pour la personne assignée. Si cela reste une sanction civile, la lourdeur des sommes pouvant être fulminées laisse fortement penser qu'il faudra revoir le régime procédural accolé de cette sanction. En effet, cette sanction s'apparente à la matière pénale au sens

conventionnel et constitutionnel du terme⁴²⁴, ce qui signifie une protection des droits fondamentaux s'impose.

À ce titre, l'allocation de dommages et intérêts punitifs devrait faire l'objet d'un contrôle particulier et la personne poursuivie devra pouvoir bénéficier de droits renforcés au cours de la procédure, tels que les droits nécessaires au respect du principe du procès équitable et notamment le respect des droits de la défense. Cette protection procédurale renforcée a d'ailleurs été évoquée et consacrée dans une certaine mesure en ce qui concerne l'amende civile⁴²⁵.

En outre, un certain contrôle devrait être réalisé en ce qui concerne le cumul des sanctions, particulièrement les sanctions pécuniaires. Le maximum encouru pour la plus grave des incriminations ne devrait pas être dépassé avec toutes les sanctions cumulées, qu'il s'agisse d'une concurrence avec une amende pénale ou une amende administrative.

122. Conclusion. Les dommages et intérêts punitifs, d'inspiration comparatiste, font progressivement leur chemin en droit interne. Pas encore reconnus en droit commun et simplement adoptés dans les termes de dommages et intérêts restitutoires en droit spécial, leur prise en considération est essentielle dans le paysage juridique actuel, particulièrement en droit économique contractuel. Il faudra néanmoins les adapter, afin qu'ils s'intègrent parfaitement avec les principes du droit contractuel français. Même si le principe de la réparation intégrale sera quelque peu écorné, le versement d'une partie de ces dommages et intérêts punitifs à la victime directe apparaît indispensable. C'est à ce prix qu'elles pourront être incitées à agir. Cependant, il faudra un encadrement strict de la mesure afin de rassurer ses détracteurs d'une part, et d'éviter les abus d'autre part. Aux côtés de ces dommages et intérêts punitifs pas totalement intégrés au système interne français, se trouve l'amende civile, autre sanction civile aux conséquences répressives.

⁴²⁴ Cf. *infra*, n°333 et s.

⁴²⁵ Cf. *infra*, n°123.

Section 2. L'amende civile, une sanction non civile.

123. Le développement relatif des sanctions pécuniaires à visée punitive. Le droit civil s'ouvre progressivement aux sanctions punitives pécuniaires. Si la clause pénale⁴²⁶ en est encore l'application la plus généralisée et acceptée⁴²⁷, d'autres sanctions font leur apparition plus ou moins ouvertement. Ainsi en est-il, comme il a pu être constaté précédemment des nouvelles catégories de dommages et intérêts, qu'ils soient punitifs⁴²⁸, restitutoires⁴²⁹, ou encore de ceux que les associations de consommateurs obtiennent pour réparer le préjudice causé par une infraction à l'intérêt collectif des consommateurs⁴³⁰, considérés comme de « véritables peines privées » pour Monsieur Guillaume ZAMBRANO⁴³¹. En outre, le droit civil offre d'autres sanctions punitives un peu plus originales, comme la déchéance du droit aux intérêts⁴³² en droit de la consommation⁴³³. Toutes s'inscrivent alors dans une visée punitive, sans pour autant basculer totalement en peine, bien qu'elles y tendent de plus en plus. Pourtant, une sanction apparaît comme avoir indubitablement franchi cette limite : l'amende civile.

124. Un recours limité à l'amende civile en matière contractuelle. Par sa seule appellation, l'amende civile interroge : associer l'amende, traditionnellement pénale, à l'adjectif « civile », semble relever de l'oxymore, Arthur RIMBAUD⁴³⁴ - avec ses « *splendeurs invisibles* » - ou Honoré de Balzac⁴³⁵ - et sa « sublime horreur » y avaient plus de succès. Ces deux notions

⁴²⁶ Cf. *supra*, n°73 et s.

⁴²⁷ D. MAZEAUD, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*

⁴²⁸ Cf. *supra*, n°101 et s.

⁴²⁹ Les dommages et intérêts restitutoires viennent compenser, dans certains domaines, comme celui des contrefaçons (Loi n°2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon), l'absence des dommages et intérêts punitifs, en permettant de faire disparaître le bénéfice qu'aurait retiré l'auteur en commettant l'infraction. Le professeur Viney affirme à ce propos que le législateur ouvre, pour l'évaluation de la réparation « une alternative dont les deux termes font place officiellement au profit illicite réalisé par le contrefacteur et permettent au demandeur d'inclure la restitution de ce profit intégralement ou forfaitairement dans la somme que celui-ci devra verser », G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile, *Revue de Droit d'Assas*, 2010, n°1, spéc. p.34. Sur cette question, v. également D. MAZEAUD, « Les sanctions en droit des contrats – Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *op. cit.*, spéc. p. 253-254 ; J.-S. BORGHETTI, « Les sanctions en droit de la responsabilité civile – De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices *op. cit.*, spéc. p. 271-272.

⁴³⁰ *C. consom.*, art. L. 621-1 et s.

⁴³¹ G. Zambrano. L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Etude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce », Paris. Droit. Université de Montpellier 1, 2012, p.29.n°39.

⁴³² *C. consom.*, art. L. 312-56 et s..

⁴³³ Sur cette question, voir notamment, M.-S. RICHARD, « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, études diverses.

⁴³⁴ Arthur RIMBAUD, « Soldes », in *Poésies complètes*, avec préface de Paul Verlaine et notes de l'éditeur, L. Vanier, 1895, p. 119-129.

⁴³⁵ Honoré de Balzac, *Le Colonel Chabert*, Librairie, 2018 (1832).

semblent en effet inconciliables. Pourtant, l'amende civile existe et est même bien intégrée dans le système juridique, même si le législateur y a eu recours, sommes toutes, de manière assez sporadique jusqu'ici. Définie largement comme « l'amende édictée par une loi civile et prononcée par une juridiction civile »⁴³⁶, cette sanction se retrouve traditionnellement en matière procédurale, notamment pour sanctionner ceux qui ont abusé de leur droit d'ester en justice⁴³⁷. L'amende civile est aussi prévue pour sanctionner des irrégularités en droit de la construction⁴³⁸, l'irrespect des charges de tutelle⁴³⁹ ou encore la violation par l'officier d'état civil⁴⁴⁰ de ses obligations professionnelles. Diversifiée dans son champ d'application, l'amende civile n'en est pas moins, pour ces situations, assez unifiée du point de vue de son *quantum*, relativement peu élevé (de 7,50 € à 3 000 €), excepté pour le droit de la construction où les montants peuvent s'élever jusqu'à 75 000 euros. Toutefois, en matière contractuelle, c'est en droit de la distribution que cette sanction trouve son application exclusive. L'article L.442-4 alinéa 3 du Code de commerce, dans sa rédaction issue de l'Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 dispose que : « *Le ministre chargé de l'économie ou le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8. (...) Ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder le plus élevé des trois montants suivants : -cinq millions d'euros ; -le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ; -5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.* »⁴⁴¹. Néanmoins, du fait des montants maximums encourus (cinq millions d'euros), l'amende civile ne semble pas, malgré

⁴³⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., MAJ, 2020., v° « Amende –civile ». Les professeurs MERLE et VITU définissent quant à eux l'amende civile dans leur *Traité de droit criminel* comme sanctionnant « aux termes du Code civil, du Code de procédure civile ou de lois spéciales l'inaccomplissement de certaines formalités ou certaines attitudes » : R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, Editions Cujas, 7^e éd., 2000, n°789.

⁴³⁷ C. proc. Civ., art. 32-1 ; C. proc. Civ., art. 559, 581 et 628.

⁴³⁸ C. de la construction et de l'habitation, art. L.651-2 : « *Toute personne qui enfreint les dispositions de l'article L. 631-7 ou qui ne se conforme pas aux conditions ou obligations imposées en application dudit article est condamnée à une amende civile dont le montant ne peut excéder 50 000 € par local irrégulièrement transformé.* »

⁴³⁹ C. civ., art. 417 : « *Le juge des tutelles peut prononcer des injonctions contre les personnes chargées de la protection et condamner à l'amende civile prévue par le code de procédure civile celles qui n'y ont pas déféré.* »

⁴⁴⁰ C. civ., art. 63 in fine : « *L'officier d'état civil qui ne se conformera pas aux prescriptions des alinéas précédents sera poursuivi devant le tribunal judiciaire et puni d'une amende de 3 à 30 euros.* »

⁴⁴¹ L'ancien article L. 442-6 du Code du Commerce prévoyait depuis la Loi NRE de 2001⁴⁴¹ (Loi n°2011-420 sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2011 (loi NRE)) que le ministre de l'Économie pouvait solliciter le prononcé d'une amende civile devant une juridiction civile. Ce fameux article L.442-6 du Code de commerce, qui comportait les règles relatives à la rupture brutale des relations commerciales établies et le déséquilibre significatif entre contractants commerciaux a été remanié au cours de la loi Egalim du 30 octobre 2017 (art. 17) et particulièrement de l'Ordonnance n°2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce. Désormais, les dispositions qui y étaient mentionnées sont réparties au sein des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce.

une identité d'appellation, relever de la même catégorie que les amendes civiles évoquées ci-dessus⁴⁴². La définition de l'amende civile apportée par Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS apporte un éclairage sur l'amende civile applicable en matière de pratiques restrictives de concurrence⁴⁴³ : « Une amende est dite civile quand elle est 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 »⁴⁴⁴. La précision relative à l'infraction pénale n'est pas vaine et permet ainsi de cerner un peu mieux les enjeux qui se nouent autour de cette sanction. En effet, l'amende civile a été mise en place en droit de la distribution dans un élan de dépénalisation du droit des affaires, contrebalancé par une volonté de préserver un équilibre dans les relations contractuelles. Toutefois, sa nature exacte suscite l'interrogation. Au-delà, la loi NRE de 2001 n'a pas prévu le régime juridique propre à cette sanction⁴⁴⁵. Partant, c'est aux juridictions françaises qu'est revenue la tâche complexe de dessiner les contours de l'amende civile applicable aux pratiques restrictives de concurrence. L'amende civile pose des difficultés : de sa nature brouillée (I) à son régime inadapté (II), cette sanction interpelle.

I. La nature brouillée de l'amende civile

125. Présentation. Si le domaine de l'amende civile ici étudié apparaît assez restreint⁴⁴⁶, cette sanction cristallise néanmoins toute la problématique de la conciliation entre la dépénalisation et la protection de la relation contractuelle. Dépénaliser, certes, mais pour des sanctions de quelle nature ? Or, l'étude de la nature de la sanction constitue un préalable indispensable à celle du régime, puisqu'elle va l'irriguer et lui conférer son effectivité. À travers l'étude de l'amende

⁴⁴² Sur cette question, voir M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitue satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n°232, p.36.

⁴⁴³ N. MATHEY, « Pratiques restrictives de concurrence – Rupture brutale : recours du ministre et amende civile », *Contrats conc. consom.* 2016, comm. 255.

⁴⁴⁴ M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitue satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *op. cit.*

⁴⁴⁵ Laura Constantin, « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors-jeu ? », *AJCA* 2014, p.41.

⁴⁴⁶ En 2016, 19 amendes civiles ont été prononcées pour un montant de 150 000 €. Un jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris le 13 octobre 2020 a condamné les sociétés du groupe Subway à une amende civile de 500 000 € pour pratiques déloyales envers leurs franchisés, considérant que la combinaison de plusieurs clauses entraînait un déséquilibre significatif. Cette décision a fait l'objet d'un appel le 21 janvier 2021. Dans une autre décision du tribunal de commerce de Paris, rendue le 2 juin 2020, c'est la société Intermarché qui a été condamnée pour non-respect du prix convenu dans les conventions annuelles conclues avec quatre de ses fournisseurs. L'amende était cette fois-ci de 300 000 €. V. DGCCRF, *Bilan de l'activité 2020*, ministère de l'Économie, 2021.

civile, on constate que son aspect civil est oublié (A) au profit de l'aspect répressif qui peut s'affirmer.

A. L'aspect civil oublié

126. Nature pécuniaire de l'amende civile. L'amende civile, tout comme les autres amendes est, tout d'abord une sanction de nature pécuniaire, comme le rappelle le Conseil constitutionnel dans sa décision du 18 mai 2016⁴⁴⁷. Une précision s'impose quant à son *quantum* : le montant maximal était de deux millions d'euros lors de sa création en 2001, et est passé fin 2016 à cinq millions d'euros⁴⁴⁸. Plus précisément, désormais, le montant maximal de l'amende civile ne peut excéder le plus élevé de l'un des trois montants suivants : « *cinq millions d'euros, le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus [ou] 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédent celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre* »⁴⁴⁹. Ces nouvelles dispositions, issues de la refonte de l'article L.442-6 du Code de commerce de 2019, vont permettre une nouvelle prise en considération du lucre et de la personne morale poursuivie⁴⁵⁰. Le choix d'un montant si élevé a donc pu être motivé par le caractère lucratif des manquements sanctionnés selon Monsieur CHEVRIER⁴⁵¹, le législateur voulant s'assurer d'une force de dissuasion indéniable en proposant un tel montant maximal encouru. Un parallèle peut être réalisé avec l'amende administrative qui est caractérisée de la même manière par une augmentation du montant maximum encouru afin de réprimer le lucre⁴⁵². Ainsi, ces montants élevés traduisent la volonté de sanctionner toute faute lucrative par le prononcé d'une amende civile. Néanmoins, la nature pécuniaire de l'amende civile ne suffit

⁴⁴⁷ Décision DC n°2016-542 QPC du 18 mai 2016.

⁴⁴⁸ Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 110. L'Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées a oté les doutes qui pouvaient exister quant au plafond de l'amende. Cf. G. Chantepie et N. Sauphanor-Brouillaud, *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, v° « déséquilibre significatif », mai 2019 (actualisation oct. 2021).

⁴⁴⁹ C. com., art. L.442-4. La Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, avait déjà, en son article 34, prévu ce type de sanctions.

⁴⁵⁰ La loi de modernisation de l'économie de 2008 avait déjà partiellement permis cette sanction de la faute lucrative en intégrant une certaine proportionnalité dans la sanction.

⁴⁵¹ E. Chevrier, « Absence de caractère répressif de l'amende prononcée en vertu de l'article L.442-6 du code de commerce », *D. actualité*, 6 avril 2010.

⁴⁵² Cf. *infra*, n°189 et s.

pas à la caractériser, puisque l'on trouve indifféremment des sanctions pécuniaires en matière civile et non civile. De fait, un examen plus approfondi conduit à douter de sa nature civile.

127. La nature civile ignorée. Les sommes encourues dans le cadre du prononcé de l'amende civile laissent circonspects quant à la finalité de cette sanction. L'aspect indemnitaire est en principe de mise en matière civile : le but est de parvenir à rétablir l'équilibre rompu entre les parties, qu'il s'agisse de contractants ou non. Or, à regarder de plus près l'amende civile, elle se détache de manière nette des autres sanctions civiles par deux aspects principaux. Non seulement les sommes fulminées ne sont pas à destination des victimes, puisqu'elles sont destinées à être perçues par le Trésor public, mais en outre, elles sont tellement conséquentes que l'idée de réparation est tout simplement inconcevable.

En effet, sur le fondement des articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce, les amendes prononcées à l'encontre des contractants malveillants ne sont pas versées aux victimes mais à l'Etat, à travers le Trésor public. Aucune partie de ce montant n'est prévue à destination des victimes des manquements, qualifiée dans les textes de « l'autre partie ». Dès lors, l'amende civile, supposément civile, perd une des fonctions premières allouée à la sanction civile. Si une nouvelle preuve était nécessaire, la loi n'autorise même pas la victime à solliciter le prononcé de cette amende devant le tribunal judiciaire : seuls le ministre chargé de l'Économie et le ministère public disposent de cette compétence d'action en vue du prononcé d'une amende civile.

En outre, quand bien même ces montants auraient été transmis aux parties contractantes victimes, ils entrent en contradiction avec l'esprit même de réparation qui innerve la sanction civile. Se plaçant du côté de l'auteur du manquement constaté, ce montant ne correspondra pas à la réparation de l'acte qu'il a fait subir à l'autre partie.

128. Transition. On constate une contradiction entre l'esprit de la sanction civile classique et l'amende civile qui, ne semble n'avoir de « civile » que le nom. Cette analyse est renforcée par son rapprochement affirmé de la sanction répressive.

B. L'aspect répressif affirmé

129. La nature répressive de l'amende civile. La similarité terminologique entre amende civile et amende pénale amène à une interrogation patente : l'amende civile est-elle de nature

répressive ? Si le doute a pu être permis pendant quelques temps, il semble que la solution soit assise dorénavant. Dans un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes rendu le 25 février 2010⁴⁵³, les juges du fond ont estimé que la sanction était de nature répressive⁴⁵⁴ et indemnitaire. La dualité de l'amende civile transparait alors. Elle reste une sanction de nature indemnitaire, ayant pour but un rééquilibrage du marché. D'ailleurs, la loi NRE de 2001 ayant vocation à dépénaliser le droit des affaires, l'insertion de l'amende civile était considérée comme un substitut aux dommages et intérêts punitifs, non autorisés à l'époque, donc comme une sanction civile. Toutefois, le caractère répressif, voire punitif⁴⁵⁵ de la sanction, comme l'affirme ce même arrêt, est dans le même temps clairement affirmé et doit retenir notre attention. Ce caractère répressif⁴⁵⁶ a été confirmé par la suite par le Conseil constitutionnel dans une décision rendue en janvier 2011⁴⁵⁷.

Néanmoins, la nature pénale se déduit-elle irrémédiablement de la nature répressive de la sanction ? Le doute est permis, puisque les juges, qu'ils soient judiciaires ou constitutionnels, ne semblent pas se résoudre aisément à déduire l'une de l'autre.

130. L'appartenance à la matière pénale de l'amende civile. Le Conseil constitutionnel affirme dans son arrêt du 13 janvier 2011 la nature pécuniaire de l'amende civile. Pour autant, il prend soin de préciser que cette amende ne méconnaît pas le principe de légalité des délits. Le Conseil constitutionnel ne s'exprime donc pas clairement sur la nature de l'amende civile, excepté son caractère pécuniaire, mais il fait preuve de prudence en lui appliquant les règles de droit relatives aux sanctions répressives. Alors que l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes permettait la caractérisation de la nature répressive de l'amende civile, l'arrêt rendu par le Conseil constitutionnel de 2011 permet a mi-mots la consécration de l'application des principes du droit

⁴⁵³ CA Nîmes, 2^e ch. B. com., 25 février 2010, n°07/00606 ; *D.* 2010, p.956. cf. <https://www.economie.gouv.fr/dgcrcf> ; *RLC* oct.-déc. 2010. 22, obs. M. Behar-Touchais ; *RDLC* 2010, n° 4, p. 146, obs. Chagny ; V. égal, Nîmes 10 mars 2011, n° 08/04995, *RDLC* 2011, n° 3, p. 140, obs. M. Chagny.

⁴⁵⁴ M. Behar-Touchais, « L'amende civile serait répressive mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes », *RDC* 2010, p. 1331.

⁴⁵⁵ Le même arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 25 février 2010 affirme en effet que, parmi les sanctions civiles présentes à l'article L442-6 du Code de commerce, « seule l'amende civile est susceptible d'être considérée comme une sanction punitives, toutes les autres mesures étant uniquement destinées à mettre fin à une situation illicite ou à réparer les préjudices directs causés par celle-ci, « ce qui est exclusif de la nature pénale de sanction répressive invoquée par le requérant et relève de l'action civile, même si elle est menée de façon particulière par le Ministre ».

⁴⁵⁶ Madame Muriel Chagny démontre que malgré l'absence de sanction prévue à l'article L.442-6-I 9° du Code de commerce, il est impossible de faire une application de la règle de droit spéciale par analogie en réprimant les faits commis par cet article d'une amende civile car cette dernière est de nature répressive : M. Chagny, « Le droit (substantiel) des pratiques restrictives de concurrence s'invite dans la loi consommation (1^{re} partie)... », *RTD com.* 2014, p.67.

⁴⁵⁷ Cons. const., Décision n° 2010-85 QPC du 13 janvier 2011 *Établissements Darty et Fils*.

répressif à l'amende civile, au risque, selon Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS, « *d'ouvrir la boîte de Pandore* »⁴⁵⁸. Toutefois, s'agissant d'une sanction de nature pécuniaire, les juges considèrent que les principes protecteurs du droit pénal devraient néanmoins s'appliquer avec plus de souplesse, compte tenu du contexte dans lequel le législateur a souhaité prévenir et réprimer (et non pas parce que l'amende est de nature civile). Cette dernière précision laisse perplexe. La condamnation à une amende pénale, de nature pécuniaire, serait-elle donc soumise à moins de garanties qu'une condamnation à une peine privative de droits ou de liberté ? Les divers enseignements et manuels de droit pénal ne le laissent fort opportunément pas suggérer. En conséquence, il apparaît que la nature de l'amende civile était sujette à controverse, et ne semblait pas assumée par les juridictions françaises, que ce soit le Conseil constitutionnel ou la Cour de cassation⁴⁵⁹.

La volonté de conciliation dans la protection d'intérêts antagonistes que sont d'un côté la protection du contractant victime et de la relation contractuelle et de l'autre, la protection des droits fondamentaux de l'auteur, vient perturber la détermination de la nature, et par voie de conséquence, du régime de l'amende civile, conduisant à une confusion dans les principes protecteurs à appliquer. Pour Monsieur Nicolas MATHEY, l'amende civile serait une sanction civile dont la fonction serait répressive. En réalité, il apparaît de tout ce qui précède, que la nature pénale de l'amende civile s'impose. Il faut toutefois rester vigilant, puisque le droit français, suivant le droit européen sur cette question, établit une distinction entre matière pénale et droit pénal⁴⁶⁰. Rappelons ici que, peu importante est la qualification de la règle de droit comme étant pénale ou non. Toute sanction peut relever de la matière pénale si elle en remplit les critères. D'acceptation beaucoup plus large, la matière pénale permet de rassembler sous son aile les sanctions répressives et à visée punitive. Il nous apparaît dès lors que l'amende civile fait partie intégrante de la matière pénale⁴⁶¹. Cependant, par une décision du 23 mars 2017⁴⁶², le Conseil constitutionnel a déterminé de manière plus claire la nature de l'amende civile et vient trancher le débat. À l'occasion du contrôle de constitutionnalité de la Loi relative au devoir de

⁴⁵⁸ M. Behar-Touchais, « L'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive », *Revue des contrats*, p.536.

⁴⁵⁹ Cass. civ. 1^{re}, 6 juillet 2011, pourvoi n°15-21.811.

⁴⁶⁰ Cf. *infra*, n°208 et s.

⁴⁶¹ Tout comme l'est l'amende administrative.

⁴⁶² Cons. const., Décision n°2017-750 DC du 23 mars 2017, *Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*.

vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre⁴⁶³, le Conseil constitutionnel a qualifié l'amende civile initialement prévue à l'article L.225-102-4 du Code de commerce⁴⁶⁴ de « *sanction ayant le caractère d'une punition* ». Cette décision doit également s'imposer à l'amende prévue pour sanctionner les pratiques restrictives de concurrence de l'article L.442-4 du Code de commerce.

131. Transition. Cette valse hésitation sur la nature de l'amende civile va entraîner des conséquences sur son régime, et donc sur la protection effective de la relation contractuelle.

II. Le régime inadapté de l'amende civile

132. Présentation. La nature répressive affirmée, le régime de l'amende civile doit forcément être adapté en conséquence, afin de protéger l'auteur des manquements. Or, la protection de ce dernier semble aujourd'hui discutée (A) tandis que la protection de la victime est oubliée, au profit d'une sanction forte et symbolique (B).

A. La protection de l'auteur discutée

133. Présentation. Le régime de l'amende civile est, comme toute sanction, fonction de sa nature. Or, il vient d'être précisé que la nature de l'amende civile n'était pas si évidente à déterminer. De nature duale⁴⁶⁵, elle emprunte au droit civil tout en faisant partie intégrante de la matière pénale. Cette complexité se répercute sur la détermination d'un régime pour l'amende civile prononcée en matière de pratiques restrictives de concurrence. Tout à sa volonté de dépenalisation lors de la loi NRE de 2001, le législateur n'a pas cru bon de préciser le régime de la sanction encourue à l'ancien article L.442-6, III du Code de commerce, estimant sans doute que le régime de droit commun de l'amende civile s'appliquerait⁴⁶⁶. Il est alors revenu à la

⁴⁶³ Loi n°2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

⁴⁶⁴ L'article a été censuré pour inconstitutionnalité au regard de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et du principe de légalité des délits et des peines.

⁴⁶⁵ Audrey PAGOT, « L'amende de l'article L.442-6, III du Code de commerce », *www.lexcellis-avocats.fr*, 5 avril 2010.

⁴⁶⁶ Cf. *supra*, n° 124.

jurisprudence d'établir un régime d'application propre à l'amende civile en droit de la distribution.

134. Un régime élaboré par la jurisprudence judiciaire et constitutionnelle. La détermination du régime de l'amende civile passe au préalable par l'étude de l'article prévoyant cette sanction. Or, comme le montre notamment Monsieur Éric CHEVRIER⁴⁶⁷, aucune référence au Code pénal, au Code de procédure pénale ou au droit pénal de façon générale n'est fait, et ce malgré les différentes réformes. En outre, l'amende civile se retrouve au milieu d'autres sanctions qui sont de nature civile au sein de cet article (comme la cessation de pratiques illicites, la nullité de clauses ou de contrats illicites, ou encore les dommages et intérêts)⁴⁶⁸. Le régime de l'amende civile devrait alors naturellement suivre celui des sanctions civiles. Toutefois, c'est sans compter sur la nature particulière de cette sanction, qui a conduit alternativement la jurisprudence judiciaire et le Conseil constitutionnel à intervenir. La construction du régime de l'amende civile a débuté dans les années 2010, avec les premières décisions jurisprudentielles permettant d'encadrer le prononcé de cette sanction mixte.

135. L'application du principe de légalité. Selon l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes rendu en février 2010, le régime de l'amende civile doit respecter le principe de légalité des délits et des peines et, par conséquent, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère et le respect des droits de la défense. La Cour d'appel de Paris⁴⁶⁹ va considérer trois ans plus tard que le principe de l'individualisation des peines doit également s'appliquer à cette sanction, eu égard à son caractère punitif⁴⁷⁰, laissant au juge la liberté d'apprécier l'opportunité du prononcé de la sanction qui en découle ainsi que son *quantum*⁴⁷¹. En outre, le Conseil constitutionnel, participe aussi de l'affirmation de l'application des principes fondateurs du droit pénal. Ainsi, dans une décision rendue le 13 janvier 2011⁴⁷², les Sages estiment « *qu'en égard à la nature pécuniaire de l'amende civile, le principe de légalité des délits et des peines, qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne*

⁴⁶⁷ E. Chevrier, « Absence de caractère répressif de l'amende prononcée en vertu de l'article L.442-6 du Code de commerce », *D. act.* 6 avril 2010.

⁴⁶⁸ C. comm., art. L.442-6 III, ancien.

⁴⁶⁹ CA Paris, 3 déc. 2014, n°13/06091.

⁴⁷⁰ Laura Constantin, « Rupture brutale des relations commerciales : précisions sur le régime de l'amende civile – Cour d'appel de Paris 3 décembre 2014 » – *AJCA* 2015, p. 229.

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² Cons. const., Décision n° 2010-85 QPC, 13 janvier 2011

le manquement, doit s'appliquer». Ils confirment cette soumission au principe de légalité des dispositions relatives à l'amende civile dans la décision du 23 mars 2017 précitée.

L'amende civile doit donc respecter les articles 7 et 8 de la *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* de 1789. Ces différentes décisions s'expliquent par l'appartenance à la matière pénale de l'amende civile et à sa nature punitive. D'ailleurs, le Conseil constitutionnel relève régulièrement que les exigences de respect des principes directeurs du droit pénal « *ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle* »⁴⁷³, ou « *à une juridiction non pénale* »⁴⁷⁴, comme l'ajoute Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS. Cela nous fait nous interroger, à la suite de Monsieur Denis MAZEAUD, quant à ce qui reste de civil à l'amende civile, cette sanction devant respecter les principes liés à l'amende pénale⁴⁷⁵. La soumission de l'amende civile à ces principes de droit pénal s'avère très satisfaisante, puisqu'elle permet de garantir les droits primordiaux des auteurs présumés des faits reprochés aux articles L.442-1 et suivants du Code de commerce. L'importance du *quantum* de la sanction se doit donc d'entraîner l'application d'un régime à forte connotation pénale. Toutefois, la jurisprudence est venue immédiatement (parfois dans les mêmes arrêts) tempérer la force d'application du principe de légalité, en écartant certains de ces principes majeurs.

136. L'application imparfaite du principe de légalité. L'atteinte au respect du principe de la personnalité des peines. Au regard de la jurisprudence récente, il apparaît que le respect du principe de la personnalité des peines semble échapper au régime de l'amende civile. L'arrêt de la cour d'appel de Nîmes du 28 février 2010 a tout d'abord affirmé que « les dispositions des articles 11-3, 111-4, 121-1 et 121-2 du Code pénal ne s'appliquent pas à l'amende civile prévue à l'article L.442-6 du Code de commerce »⁴⁷⁶. La question qui se posait était de savoir si le principe de personnalité des peines s'appliquait à une société ayant absorbé avec une transmission universelle de patrimoine une autre société, laquelle était auteur des faits reprochés. La Cour d'appel, en affirmant le contraire, permet ainsi la répression des faits commis par une société n'ayant plus d'existence légale, ayant été absorbée par une autre. Cette dernière devient

⁴⁷³ Cons. const., Décision n°88-248 DC, 17 janvier 1989.

⁴⁷⁴ Martine Behar-Touchais, « L'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive, *op. cit.*

⁴⁷⁵ D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats – Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes », *op. cit.*, spéc. p.252.

⁴⁷⁶ CA Nîmes, 2^e ch. B. com., 25 février 2010, n°07/00606 ; D. 2010, p.956 ; Publié au BOCCRF du 30 mars 2010.

donc pénalement responsable des faits commis par la société disparue, conduisant à une certaine responsabilité pénale du fait de sa propre acquisition. Rendue par une juridiction du fond, une censure pouvait être légitimement attendue de la part des hauts magistrats... En vain, puisque dans un arrêt du 21 janvier 2014, la chambre commerciale de la Cour de cassation⁴⁷⁷ rend dans une autre espèce une solution identique, affirmant que « *le principe de personnalité des peines ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise* »⁴⁷⁸. Elle confirme alors la possibilité pour une société absorbante de se faire condamner pour des faits commis par la société absorbée⁴⁷⁹.

137. À cet arrêt de la Cour de cassation vont s'ajouter deux décisions du Conseil constitutionnel, qui vont venir par deux fois également affirmer que le principe de personnalité des peines ne s'applique pas à l'amende civile, en 2011⁴⁸⁰ tout d'abord, puis en 2016⁴⁸¹. Mieux, dans cette dernière décision, les juges de la rue Montpensier déclarent que la troisième phrase du deuxième alinéa du paragraphe III de l'ancien article L.442-6 du Code de commerce (« *ils peuvent également demander le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 2 millions d'euros* ») n'est pas constitutive d'une atteinte au principe de personnalité des peines⁴⁸², et confirmer ainsi la constitutionnalité du régime de l'amende civile. Cette sanction se trouvant dans une loi particulière applicable en matière civile et commerciale, le principe de personnalité des peines n'aurait pas à s'appliquer. À la lecture de la décision du Conseil constitutionnel, il semble que cette souplesse quant à cet élément du principe de légalité résulte de la prise en compte de « *la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées [par l'ancien article L.442-6 III du Code de commerce]* »⁴⁸³. Il déduit du fait que l'amende civile est une sanction pécuniaire que « *le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait lui est applicable* ». Certains auteurs, favorables à cette solution, estiment alors, reprenant la théorie de

⁴⁷⁷ Cass. Com., 21 janvier 2014, n°12-29.166

⁴⁷⁸ V. sur cet arrêt : Laura Constantin, « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors jeu ? – Cour de cassation, com. 21 janvier 2014 » – *AJCA* 2014, p. 41.

⁴⁷⁹ Muriel Chagny, « Amende civile : La Cour de cassation affirme qu'une amende civile peut être prononcée à l'encontre d'une société ayant absorbé par voie de fusion l'auteur de pratiques contraires à l'article L. 442-6-I du code de commerce (Carrefour) », 21 janvier 2014, *Revue Concurrences*, n° 2-2014, Art. n° 65784, p.122.

⁴⁸⁰ Cons. const. 13 janvier 2011, n°2010-85 QPC, Sté Ets Darty et Fils, *D.* 2011. 415, note Y. Picod, p. 392, chron. M. Chagny ; *CCC* 2011. Étude 5, J.-L. Fourgoux.

⁴⁸¹ Cons. const. 18 mai 2016, n°2016-542-QPC ; *D.* 2016. 1076.

⁴⁸² Note sous arrêt, « Action du ministre de l'économie (amende civile) : constitutionnalité du régime. Décision rendue par le Conseil constitutionnel », *D.* 2016, p.1076.

⁴⁸³ Note sous arrêt, « Condamnation d'une société pour des faits commis par une autre dont elle a recueilli le patrimoine : c'est possible », *Francis Lefebvre*, 14 janv. 2020 : https://www.eff.fr/actualite/condamnation-societe-faits-commis-dont-recueilli-patrimoine-possible_f41eb68d0-1cd7-4cc2-8e55-afe27a9975c1

l'entreprise, chère à l'École Rennaise⁴⁸⁴, que cette décision « s'inscrit dans la logique du droit de la concurrence qui s'applique (...) à un sujet spécifique, l'entreprise, qui se définit à travers l'exercice d'une activité économique et non pas en considération du statut juridique ou de la personne qui l'exploite »⁴⁸⁵. L'application du principe de proportionnalité doit donc être apprécié de manière très souple, contrairement au reste des éléments du principe de légalité des délits et des peines.

La solution retenue quant à l'applicabilité du principe de personnalité des peines en présence d'une amende civile présente un avantage indéniable puisqu'elle permet, de fait, d'écarter la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴⁸⁶ selon laquelle, en vertu de l'article 121-1 du Code pénal, il ne serait pas possible de poursuivre une société ayant absorbé avec transmission universelle du patrimoine une autre société, laquelle était l'auteur d'une infraction pénale, au « motif que la dissolution de cette dernière a entraîné la perte de son existence juridique et donc de toute possibilité de poursuite pénale à son encontre »⁴⁸⁷. En conséquence, la chambre commerciale s'écarte de la solution de la chambre criminelle, plus protectrice, en faisant abstraction du principe de la personnalité des peines en matière de fusion-absorption.

138. Portée. Si ces solutions ont été discutées, elles ne doivent pas pour autant surprendre en droit des affaires, car elles viennent confirmer une jurisprudence déjà existante concernant les sanctions prévues à l'article L.464-2 du Code de commerce⁴⁸⁸. En outre, un raisonnement similaire à celui prévu pour l'amende civile est opéré par l'Autorité de la concurrence⁴⁸⁹ en

⁴⁸⁴ V. not. sur la théorie de l'entreprise : C. Champaud, *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise – Sortir de la crise du financialisme*, Bruxelles, Larcier, 2011.

⁴⁸⁵ L. Constantin, « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors jeu ? – Cour de cassation, com. 21 janvier 2014 » – *AJCA* 2014, p. 41.

⁴⁸⁶ Cass. crim. 20 juin 2000, *Bull. crim.* n°237 ; D. 2001, Jur. 1084, note Matsopoulou ; Cass. crim. 14 octobre 2003, *Bull. crim.* n°189 ; D. 2004 ; Somm. 318, obs. Roujou de Boubée.

⁴⁸⁷ L. Constantin, *Ibid.*

⁴⁸⁸ Com. 23 juin 2004, n°01-17.896, *bull. civ. IV*, n°132 ; D. 2004. 2439 et les obs. *RTD com.* 2004. 796, obs. D. Legeais ; Com. 28 févr. 2006, n° 05-12.138, *D.* 2006. 781, obs. E. Chevrier ; *Concurrence*, oct.-déc. 2006, note L. Chatain-Autajon ; V. égal. Cons. conc., 30 juin 2004, n° 04-D-26, *RTD com.* 2004. 464, obs. E. Claudel ; Paris, 25 janv. 2005, n° 2004/13142, *D.* 2005. 711, et les obs.

⁴⁸⁹ C. comm., L.464-2 al. 2 et. s. : « Elle peut infliger une sanction pécuniaire lorsqu'une entreprise ou association d'entreprises a commis des pratiques anticoncurrentielles, ou en cas d'inexécution des injonctions ou de non-respect des engagements qu'elle a acceptés. Elle peut, de sa propre initiative ou sur demande de l'auteur de la saisine, du ministre chargé de l'économie ou de toute entreprise ou association d'entreprises ayant un intérêt à agir, modifier, compléter les engagements qu'elle a acceptés ou y mettre fin :

a) Si l'un des faits sur lesquels la décision d'engagements repose a subi un changement important, ou

b) Si la décision d'engagements repose sur des informations incomplètes, inexactes ou trompeuses fournies par les parties à la procédure. Les sanctions pécuniaires sont appréciées au regard de la gravité et de la durée de l'infraction, de la situation de l'association d'entreprises ou de l'entreprise sanctionnée ou du groupe auquel l'entreprise appartient et de l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. L'Autorité de la concurrence peut décider de réduire le montant de la sanction pécuniaire infligée à une entreprise ou à un organisme lorsque cette entreprise ou cet organisme a, en cours de procédure devant l'Autorité, versé à la victime de la ou des pratiques anticoncurrentielles sanctionnées une indemnité due en exécution d'une transaction au sens de l'article 2044 du code civil.

matière de sanctions de pratiques anticoncurrentielles⁴⁹⁰, comme le remarquent plusieurs auteurs⁴⁹¹. Doit-il alors en être déduit que le principe de personnalité des peines doit être écarté de façon généralisée dans le cadre de l'application de l'amende civile ? Si certains auteurs, comme Madame Laura CONSTANTIN, considèrent à la suite de l'arrêt de la Cour de cassation du 21 janvier 2014 que « *la portée de la solution dépasse le cadre des seules fusions-absorptions* »⁴⁹², une telle conclusion paraît néanmoins devoir être nuancée au regard de la jurisprudence constitutionnelle postérieure. En effet, dans sa décision du 18 mai 2016, le Conseil constitutionnel affirme que « *seule une personne bénéficiaire de la transmission du patrimoine d'une société dissoute sans liquidation est susceptible d'encourir l'amende* ». Dans une lecture *a contrario*, en cas de transmission d'une société dissoute avec liquidation, le prononcé d'une amende civile à l'encontre du bénéficiaire ne semble pas envisageable. L'atteinte au principe de la personnalité des peines serait donc limitée dans le cadre du prononcé d'une amende civile.

Si l'atteinte à la personnalité des peines peut s'expliquer au regard de la nécessité de sanctionner des sociétés ayant violé des dispositions protégeant le marché, il semble toutefois possible de discuter de la pertinence de la solution posée. La matière pénale ne peut s'entendre comme un concept « à la carte », où l'on choisirait les principes que l'on souhaite appliquer à un domaine donné. Le régime doit donc être compris comme un tout et le principe de légalité, principe

Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

Le montant maximum de la sanction est, pour une association d'entreprises, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

Lorsque l'infraction d'une association d'entreprises a trait aux activités de ses membres, le montant maximal de la sanction pécuniaire est égal à 10 % de la somme du chiffre d'affaires mondial total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association.

Toutefois, la responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de la sanction ne peut excéder le montant maximal fixé conformément au quatrième alinéa. »

⁴⁹⁰ On peut ainsi mentionner un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme du 1^{er} octobre 2019 selon lequel les « a condamnation à une amende civile prononcée à l'encontre d'une société en raison du comportement imputable à la société qu'elle a absorbée ne porte pas atteinte au principe de la personnalité des peines en raison du principe de la continuité économique et fonctionnelle de l'entreprise ». (CEDH, 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14: D. 2019. 475, note Gallois ; RJD.A 2020, n°148).

⁴⁹¹ V. notamment E. Chevrier, « Absence de caractère répressif de l'amende prononcée en vertu de l'article L.442-6 du code de commerce », *op. cit.* ; M. Chagny, « Amende civile : La Cour de cassation affirme qu'une amende civile peut être prononcée à l'encontre d'une société ayant absorbé par voie de fusion l'auteur de pratiques contraires à l'article L. 442-6-I du code de commerce (Carrefour) », *op. cit.*

⁴⁹² Laura Constantin, « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors-jeu ? – Cour de cassation, com. 21 janvier 2014 », *op. cit.*

fondateur du droit pénal⁴⁹³, devrait être appliqué à toute la matière pénale, et donc conséquemment aux amendes civiles.

La critique peut, du reste, être étendue à la possible exclusion d'un autre principe essentiel du droit pénal : le principe *non bis in idem*. En effet, à s'en tenir à la solution rendue par le Conseil constitutionnel le 18 mars 2015⁴⁹⁴, le cumul entre sanctions punitives serait impossible lorsque la situation rend compte de quatre éléments : une identité de fait matériel, une identité de valeur sociale protégée, une identité de nature de sanctions et une identité de nature des ordres juridictionnels prononçant les mesures⁴⁹⁵. Or, au regard de ce qui précède, il n'est pas inconcevable de penser que l'amende civile pourrait être cumulée avec des sanctions administratives et/ou pénales encourues pour les faits réprimés par les articles L.442-1 et suivants⁴⁹⁶ du Code de commerce⁴⁹⁷. Il s'agirait donc d'une nouvelle atteinte au principe de légalité des délits et des peines.

Apparaissent alors les limites de l'amende civile : insérée à l'article L.442-4 du Code de commerce dans l'optique d'une dépénalisation, ses similitudes avec la sanction pénale, que ce soit dans son identité ou ses conséquences, sont telles qu'elle devrait en suivre précisément le régime. Le législateur, partagé entre la volonté de dépénalisation et le besoin de répression, finit par priver l'auteur des faits commis d'une protection effective en comparaison avec celle à laquelle il pourrait prétendre en droit pénal, et ce au nom de la protection de l'intérêt économique. Ainsi que l'affirme Madame Martine BEHAR-TOUCHAIS, « *l'on ne [peut] simplement qualifier une amende de civile pour avoir une sanction répressive, sans que la personne poursuivie profite de la protection du droit répressif* »⁴⁹⁸. Ces éléments laissent craindre des recours devant les

⁴⁹³ Sur le principe de légalité, v.not. : L. Juliot de la Morandière, De la règle « nulla poena sine lege », thèse Paris, 1910 ; A. Vitu, « Le principe de légalité et la procédure pénale », R.I.C.P.T. 1967, p.94.; Ch. Clavier-Rousset, « La légalité criminelle », Dr. pén. 2011, étude 16 ; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de la loi dans la Constitution sur la Ve République », JCP 1959, I, 1470.

⁴⁹⁴ Cons. const. 18 mars 2015 : n° 2014-453/454 QPC et n° 2015-462 QPC, D. 2015. 894, note A.-V. Le Fur et D. Schmidt, 874, point de vue O. Décima, 1506, obs. C. Mascala, 1738, obs. J. Pradel, et 2465, obs. C. Ginestet ; AJDA 2015. 1191, étude P. Idoux, S. Nicinski et E. Glaser ; AJ pénal 2015. 172, étude C. Mauro, 179, étude J. Bossan, et 182, étude J. Lasserre Capdeville ; Rev. sociétés 2015. 380, note H. Matsopoulou ; REV. SC. CRIM 2015. 374, obs. F. Stasiak, et 705, obs. B. de Lamy ; RTD com. 2015. 317, obs. N. Rontchevsky.

⁴⁹⁵ N. Rias, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? – À propos de l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile », D. 2016, p. 2072.

⁴⁹⁶ L'article L.442-4 du Code de commerce prévoit l'amende civile pour les actes prévus aux articles L.442-1, L.442-2, L.442-3, L.442-7 et L. 442-8 du même code.

⁴⁹⁷ Pour une étude détaillée de l'articulation du principe *non bis in idem* entre les sanctions, cf. *infra*, n°390.

⁴⁹⁸ M. Behar-Touchais, « L'amende civile serait répressive mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes », *op. cit.*

juridictions européennes pour contester la conformité de l'amende civile à la Convention Européenne des Droits de l'Homme.

139. Transition. Si l'on peut discuter de la légitimité des atteintes à certains des principes fondateurs du droit pénal, il apparaît toutefois que l'amende civile est justifiée par un intérêt majeur : la protection de l'ordre public économique ; c'est cependant en occultant protection de la victime.

B. La protection de la victime occultée

140. L'action du ministre de l'Économie fondée sur l'ordre public économique. Dès la genèse de la loi sur les nouvelles régulations économiques de 2001, l'action du ministère public pour demander le prononcé d'une amende civile a eu pour objectif la protection de l'ordre public économique⁴⁹⁹. En réprimant la rupture brutale des relations commerciales, le législateur souhaite protéger les relations commerciales établies, le marché et, supposément, les victimes de ces ruptures brutales.

Du reste, c'est en se fondant sur cet objectif que les différentes juridictions⁵⁰⁰ ont rendu leurs décisions concernant la nature et le régime de l'amende civile. Que ce soit l'arrêt de la Cour d'appel de Nîmes de 2010, ceux de la chambre commerciale de la Cour de cassation du 8 juillet 2008 ou 21 janvier 2014 ou encore les décisions du Conseil constitutionnel, tous insistent sur le fait que l'action du ministre de l'Économie a pour objectif la préservation de l'ordre public économique⁵⁰¹.

De façon plus précise, les juges du fond ont pu relever que « L'action particulière du ministre (...) tend à restaurer l'équilibre économique dans les relations commerciales entre professionnels du commerce lorsque cet équilibre a été rompu et à maintenir la libre concurrence lorsque celle-ci ne s'exerce plus dans un domaine particulier »⁵⁰².

⁴⁹⁹ V. travaux préparatoires de la Loi NRE : Ph. Marini, Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques, *Rapport officiel*, 5 avril 2011.

⁵⁰⁰ L'action du ministère public sur le fondement de l'article L.442-6 III du Code de commerce a également été considérée comme exercée au nom de l'ordre public économique par une décision de la CEDH : CEDH, 17 janvier 2012, n°1255/08 *Galev*.

⁵⁰¹ Sur l'ordre public économique, v. de façon plus détaillée cf. *infra*, n°365.

⁵⁰² CA Nîmes, 25 février 2010, *op. cit.*

141. Une protection de l'ordre public au détriment des contractants ? Toutefois, l'action du ministre de l'économie en vue du prononcé d'une amende civile, qualifiée de « monstre juridique »⁵⁰³ par certains, ne suppose ni le consentement, ni la présence des parties⁵⁰⁴. Pour la Cour de cassation, dans son arrêt du 8 juillet 2008⁵⁰⁵, l'action du ministère public s'inscrit dans un « *contentieux objectif où seul est en jeu le fonctionnement du marché* »⁵⁰⁶. Par conséquent, la victime des faits reprochés à l'article L. 442-6 du Code de commerce ne peut pas s'opposer à l'action intentée. Sa présence n'est même pas requise devant les tribunaux. On basculerait alors vers un contentieux objectif de l'action⁵⁰⁷. Cette solution appelle deux remarques paradoxales : premièrement, l'absence de prise en considération du contractant victime semble assez contradictoire avec l'objectif de protection. Certes, l'ordre public économique mérite une protection accrue. Cependant, le faire au détriment d'un contractant victime de pratiques abusives qui ne souhaiterait pas que son affaire soit portée devant les tribunaux (pour privilégier peut-être une négociation plus discrète) ne semble pas s'inscrire dans l'esprit de protection de la loi NRE et des lois suivantes ayant modifié cette disposition. Deuxièmement, la solution prise par la chambre commerciale peut paradoxalement se justifier : en effet, si les victimes pouvaient avoir un impact sur l'action du Ministère public, le risque de pression sur ces contractants, généralement plus faibles économiquement, pourrait s'avérer tel que le prononcé de l'amende civile resterait éventuel. Par conséquent, l'absence du rôle de la victime entraînerait une protection plus effective, le risque de manipulation étant absent.

142. La protection de l'ordre public et l'effet dissuasif de la sanction. Au demeurant, l'efficacité de la protection de l'ordre public économique passe par un effet dissuasif de la sanction. Or, si le maximum encouru par l'auteur d'une violation des pratiques restrictives est de cinq millions d'euros, ce qui s'avère conséquent (outre la possibilité de la sanction de la faute lucrative), les décisions de jurisprudence rendues font état de prononcés d'amendes de montants plus limités. Ainsi, Monsieur Nicolas MATHEY constate à l'occasion de la parution d'un arrêt de la chambre commerciale du 18 octobre 2016⁵⁰⁸ que « le caractère dissuasif de l'amende civile est remis

⁵⁰³ M. Baudrac, « À propos de l'action exercée par le ministre de l'économie », *D.* 2008, p. 3046.

⁵⁰⁴ D. Bosco, « L'action du ministre de l'Économie en nullité des obligations, répétition de l'indu ou prononcé d'une amende civile ne suppose ni le consentement ni la présence des parties », *L'essentiel du droit des contrats* 2008, n°4, p.5.

⁵⁰⁵ Cass. Com., 8 juillet 2008, pourvoi n°07-16761. *Contrats, conc. consom.* 2008, note M. Malaurie-Vignal.

⁵⁰⁶ D. Bosco, « L'action du ministre de l'Économie en nullité des obligations, répétition de l'indu ou prononcé d'une amende civile ne suppose ni le consentement ni la présence des parties », *op. cit.*

⁵⁰⁷ *Ibid.*

⁵⁰⁸ Cass. Com., 18 octobre 2016, n°15-13.834, F-D, Sté Carrefour c/ M. X et Min. éco. et fin.

en question au regard du prononcé d'une amende relativement faible au regard des circonstances »⁵⁰⁹. Pour lui, l'ambiguïté de l'amende civile réside dans le fait que cette sanction, « *quasi-répressive* », symboliquement grave et génératrice d'un effet de réputation négatif, reste économiquement d'une efficacité douteuse⁵¹⁰. Toutefois, l'augmentation très récente du *quantum* de la peine par la Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation économique, dite loi SAPIN II, manifeste une volonté législative de renforcer les montants des amendes civiles prononcées par les juridictions civiles et donc renforcer la force dissuasive de cette sanction du droit de la distribution. Cependant, cette volonté de dissuasion ne s'accompagne pas d'une protection directe de l'autre partie contractante lésée, puisqu'elle ne bénéficiera en rien du montant issu du prononcé de la sanction. Elle pourra néanmoins demander à pouvoir faire cesser toute pratique illicite devant les juridictions civiles. En outre, la victime pourra, tout comme le ministère public et le ministre de l'Économie, demander la nullité des clauses et des contrats illicites, ce qui était incertain jusqu'à l'ordonnance du 24 avril 2019, laquelle vient lever l'incertitude qui régnait.

143. Conclusion de section. Au nom de la protection de l'ordre public économique, le législateur a mis en place une sanction qui, par bien des aspects, se rattache à une sanction pénale, mais n'en revêt toutefois pas toutes les caractéristiques, permettant dès lors une répression accrue des auteurs des pratiques commerciales répréhensibles. Le recours à l'amende civile, mis en place pour pallier la dépénalisation du droit des affaires, n'entraîne finalement qu'une dépénalisation partielle, puisque cette sanction dispose d'un régime empruntant pour partie aux règles du droit pénal. Pour autant, ce mécanisme apparaît comme une dépénalisation « au rabais », puisque, tout étant mis en œuvre pour favoriser la protection de l'ordre public

⁵⁰⁹ En l'espèce, une amende civile de 100 000 € avait été prononcée à l'encontre de la société Carrefour. Pour la Cour de cassation, l'évaluation du montant de l'amende doit se faire en fonction de la gravité et de l'effet de la pratique (des répercussions). Elle relève que juges du fond ont pris en considération l'importance du chiffre d'affaires et « l'effet d'entraînement que peut avoir le comportement de sociétés de leur taille et de leur notoriété sur les autres opérateurs économiques. » Il existe donc un pouvoir souverain des juges du fond dans l'évaluation du montant de l'amende civile, mais elle contrôle la méthode de calcul pour s'assurer qu'elle n'est pas disproportionnée.

⁵¹⁰ N. Mathey, « Pratiques restrictives de concurrence – Rupture brutale : recours du ministre et amende civile », *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 255.

économique, les atteintes au régime pénal se font au détriment de l'application de certains de ses principes fondateurs, à savoir le principe *non bis in idem* et le principe de personnalité des peines.

144. Conclusion du chapitre. Un renouvellement nécessaire. Le besoin de modernité et de renouvellement de la sanction civile en matière économique contractuelle a conduit le législateur à réfléchir à de nouvelles sanctions, qui se détachent de plus en plus de la sanction civile classique. Toutefois, à trop vouloir s'en émanciper, le législateur a fini par franchir la frontière et basculer dans les sanctions répressives. Cela interroge quant à la volonté de dépénalisation constante en droit des affaires qui anime législateur et doctrine depuis plus de trente ans. Si la dépénalisation s'accompagne de la transformation de certaines sanctions civiles en sanctions non civiles, afin de protéger au mieux le marché et l'ordre public, cela conduit à une réflexion sur la nature de la sanction. Faut-il absolument, pour réussir une dépénalisation, recourir à des sanctions non civiles ? Cela montre alors les limites de la sanction civile. Elle ne peut, dans sa nature initiale, satisfaire la nécessité induite par les projets de réforme de droit économique et doit impérativement se renouveler pour maintenir une pleine effectivité de la sanction. Cela conduit donc à considérer que le droit civil échoue à satisfaire en lui-même la législation économique : il ne peut la satisfaire qu'en étant remodelé.

145. Conclusion du titre. Le droit contractuel recèle une grande richesse de sanctions. Variées, elles régissent tant la formation que l'exécution du contrat, sans oublier toute la période précontractuelle. L'évolution de ces sanctions civiles se divise en deux grandes tendances. D'un côté, on tend aujourd'hui vers la préservation du contrat, en multipliant les sanctions qui n'emporteront pas la disparition de ce dernier (réputé non écrit, déchéance, réduction de prix). D'un autre côté, les sanctions prennent plus en compte les parties et particulièrement l'auteur du manquement. La responsabilité civile classique, qui engage à la réparation intégrale du seul préjudice subi, n'apparaît plus suffisante et d'autres sanctions viennent au support des sanctions impactant le contrat. Si la clause pénale est connue depuis longtemps, des mécanismes plus originaux sont apparus, comme l'amende civile et les dommages et intérêts punitifs, toujours actuellement en discussion. Ces sanctions ont une visée comminatoire très forte, puisqu'elles visent une plus grande punition de l'auteur des manquements. Cependant, l'amende civile, applicable uniquement dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence est d'une telle sévérité que sa nature nous conduit à vouloir la supprimer des sanctions civiles pour l'intégrer aux sanctions non civiles. Face à cette construction progressive d'un régime sanctionnateur de la sanction en droit économique contractuel, on constate une explosion des sanctions non civiles

dans ce domaine, au travers du rôle toujours important accordé à la sanction pénale et à la nouvelle partition offerte à la sanction administrative.

TITRE 2. L'EXPLOSION DES SANCTIONS NON CIVILES.

146. Raisons du recours à la sanction non civile. « Trouver pour un crime le châtiment qui convient, c'est trouver le désavantage dont l'idée soit telle qu'elle rende définitivement sans attrait l'idée d'un méfait. Art des énergies qui se combattent, art des images qui s'associent, fabrication de liaisons stables qui défient le temps : il s'agit de constituer des couples de représentations à valeurs opposées, d'instaurer des différences quantitatives entre les forces en présence, d'établir un jeu de signes-obstacles qui puissent soumettre le mouvement des forces à un rapport de pouvoir »⁵¹¹. Michel Foucault, en énonçant la construction d'une incrimination, évoque les difficultés à trouver la bonne association entre un comportement fautif et sa sanction. Des raisons diverses peuvent expliquer le recours à telle ou telle sanction. L'insertion de nombreuses sanctions non civiles dans le droit des contrats, et plus spécifiquement dans le droit spécial, peut s'expliquer tout d'abord par les limites du droit civil à protéger de façon efficace le contrat et les contractants victimes, comme il a pu être constaté en amont. Pour y remédier cela, ont été mises en place des politiques interventionnistes afin de pallier ces faiblesses et d'offrir une protection particulière à des catégories de contractants parfois jugés inaptes à se défendre par le biais du seul droit commun des contrats⁵¹². En outre, le droit européen, souhaitant renforcer la protection, s'est montré particulièrement influent en la matière, en témoigne notamment la loi « DDADUE » du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière⁵¹³. Cette loi permet notamment de transposer des directives et règlements traitant du droit des consommateurs⁵¹⁴.

147. « Diversifier pour mieux protéger ». « Diversifier pour mieux protéger », telle pourrait être la devise du droit économique contractuel. À l'image d'un mantra répété avec

⁵¹¹ M. Foucault, *Surveiller et punir*, Gallimard, 1975, p. 123.

⁵¹² D'ailleurs, certains auteurs se sont émus à l'époque de la création du Code de la consommation de cette façon infantilisante de traiter une partie des contractants. V. sur cette question : D. Mazeaud, « Rapport introductif », in C. Aubert de Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, *Les 20 ans du Code de la Consommation*, Université de Cergy-Pontoise/LEJEP, 2013.

⁵¹³ Loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière.

⁵¹⁴ Le droit de la consommation est depuis de nombreuses années prise en considération par le droit européen. Mettre les exemples, notamment le livre vert.

vigueur, la recherche de la régulation du marché économique et de la protection du contractant innervent les législations qui se succèdent en matière de droit spécial des contrats. La loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite Loi HAMON, marque un réel tournant dans cette quête. Réformant le droit de la consommation en profondeur, elle a également influé sur le droit de la concurrence. Le législateur, tenu de transposer une directive européenne du 25 octobre 2011, a été amené à suivre les dispositions prévues en son article 24, à savoir l'exigence de mise en œuvre de sanctions « *effectives, proportionnées et dissuasives* »⁵¹⁵. Seulement, les « consignes » européennes s'arrêtaient là. Il est alors revenu au législateur d'appliquer un système de sanctions remplissant toutes ces caractéristiques. Cette démarche s'est réalisée par une orientation vers la diversité des sanctions.

Entre peines principales et peines secondaires, sanctions pécuniaires et sanctions privatives de libertés, sanctions pénales et sanctions administratives voire civiles (si l'on prend en considération l'amende civile), la sanction non civile encadrant le droit économique contractuel n'a jamais été aussi bigarrée. La diversité s'exprime à travers un panel de sanctions de nature différente répondant à une diversité de situations particulières.

Cependant, parler de nature de la sanction peut paraître erroné, ou du moins abusif, puisque, comme l'énoncent Messieurs DESPORTES et Le GUNEHEC, « *il n'existe pas de peine par nature* », « *un même type de mesure [pouvant] en effet revêtir plusieurs qualifications différentes* »⁵¹⁶. Nombre de sanctions, en effet, peuvent passer d'une qualification à une autre ; une même qualification sera utilisée pour des sanctions pénales, administratives ou civiles. Seule la peine d'emprisonnement semble échapper à cette mutation permanente de la sanction. Tantôt pénale ou administrative, l'amende devient même parfois civile ; il en est de même pour la publicité. Les mesures administratives et les sanctions pénales semblent parfois difficiles à distinguer les unes des autres.

Toute cette diversité⁵¹⁷ conduit à la mise en place d'un « véritable arsenal répressif »⁵¹⁸, ce qui devrait permettre d'obtenir des sanctions adaptées aux auteurs, afin de les rendre plus

⁵¹⁵ *Dir. PE et Cons. n°2011/83/UE, 25 oct. 2011*, art. 24 ; V. notamment : C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi HAMON », *RDC* 2014, p.456.

⁵¹⁶ Fr. Desportes et Fr. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, n°752.

⁵¹⁷ C. Aubert De Vincelles et N. Sauphanor-Brouillaud, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

⁵¹⁸ V. Valette-Ercole, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépénalisation et pénalisation », *Dr. pén.* 2014, étude 13.

dissuasives et efficaces. L'efficacité de la sanction est en effet déterminante, puisque de cette dernière dépendra une meilleure effectivité dans la protection de la relation contractuelle. Le système répressif actuel de la relation contractuelle s'articule autour de deux axes : d'un côté, les infractions pécuniaires et d'emprisonnement sont, considérées traditionnellement comme les sanctions principales. Leur récent renforcement traduit une volonté de dissuasion patente (Chapitre 1). De l'autre côté, les sanctions complémentaires, nommées parfois également secondaires ou supplémentaires, participent de la diversité des sanctions afin de constituer une protection adaptée à la relation contractuelle (Chapitre 2).

Chapitre 1. L'extension des sanctions non civiles principales

148. Des peines principales de plus en plus dissuasives. La sanction non civile en droit contractuel est traditionnellement symbolisée par le droit pénal. Il joue en effet un rôle majeur en matière économique. Au demeurant, le législateur envisage largement le recours à ce système répressif, malgré les appels à la dépenalisation lancés par le monde des affaires et une partie de la doctrine⁵¹⁹. Au contraire, la fonction dissuasive de la peine est recherchée et utilisée, afin que la norme contractuelle soit respectée. Cela explique le « *pullulement des sanctions pénales en droit de la consommation* », constaté par Madame Nathalie PICOD et Monsieur Yves PICOD⁵²⁰, ainsi que la nette aggravation de certaines d'entre elles en vue de « rendre plus dissuasif le dispositif pénal actuel »⁵²¹. Ainsi que l'affirme Madame Joëlle SIMON, « *l'adaptation de la sanction se mesure à sa capacité à dissuader de commettre l'infraction* »⁵²². Or, la sanction non civile semble être en période d'adaptation permanente : entre aggravations du *quantum* des peines, élargissements des champs d'application et créations de nouvelles punitions, la sanction principale semble être en perpétuelle évolution pour devenir la plus dissuasive possible. Face au maintien des peines principales dissuasives traditionnelles (section 1) se font jour des sanctions plus modernes, particulièrement en matière pécuniaire, où la sanction se diversifie et se multiplie au service de la protection du marché et du consommateur (section 2)

Section 1. Le maintien des peines principales dissuasives traditionnelles.

149. Le rôle essentiel et maintenu de la sanction pénale traditionnelle. Si la peine privative de liberté, incarnée par la peine d'emprisonnement, reste la plus symbolique du système répressif actuel (II), son rôle reste toutefois assez modeste en matière contractuelle face à la

⁵¹⁹ V. notamment J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

⁵²⁰ Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Dalloz, Sirey, 5^e éd., 2020, p.223, n°268.

⁵²¹ *Exposé des motifs*, Loi LME du 4 août 2008.

⁵²² J. Simon, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in Pierre Bézard, *Le juge et le droit de l'économie*, Petites affiches – Montchrestien, 2002, p.147 et s.

sanction pécuniaire. Cette dernière, favorite du législateur, a vu sa nature éclater pour devenir multiple et encore plus efficace. Elle apparaît assurément comme la sanction logique des infractions économiques (I).

I. L'amende pénale, peine classique en matière contractuelle

150. L'amende pénale, une reine discrète. Qualifiée de « *reine des sanctions* » par les défenseurs de l'analyse économique du droit⁵²³, l'amende pénale est, paradoxalement, longtemps apparue comme un monument qui reste et se perd « *dans le paysage au point que l'on n'y prête plus attention, par habitude ou par lassitude peut-être* »⁵²⁴ pour nombre de pénalistes. Beaucoup plus discrète que la peine privative de liberté puisque ne mettant pas en jeu les mêmes problématiques liées à la privation de droits et de libertés⁵²⁵ ni ne posant de questions particulières quant à sa nature⁵²⁶ et son régime⁵²⁷, cette sanction a pourtant retenu l'attention du législateur en matière économique, puisqu'elle est même la sanction habituelle des manquements contractuels (A), jugée plus propice à la protection de la relation contractuelle (B).

A. Une sanction habituelle des manquements contractuels.

151. Présentation. Ainsi que le précise Madame Joëlle SIMON, « *l'existence d'un système de sanction adapté et efficace est l'un des éléments d'une concurrence loyale entre les acteurs de la vie économique.* »⁵²⁸. Plus largement, cela participe également d'une meilleure protection des contractants dans leur ensemble. L'amende pénale a toujours été considérée comme une sanction appropriée pour y

⁵²³ G.-S. Becker, « Crime and Punishment, an Economic Approach », *Journal of Political Economy*, vol. LXXVI, 1968, p.169 et s., spéc. p.208 ; in Laurent Stasiak et Guillaume Royer, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p.296.

⁵²⁴ Laurent Stasiak et Guillaume Royer, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale », *op. cit.*

⁵²⁵ Cf. *infra*, n°161 et s.

⁵²⁶ Contrairement aux amendes administratives et civiles : cf *infra*, n°198 et s..

⁵²⁷ De même, la détermination du régime pourrait seulement appeler quelques remarques de mises en œuvre (notamment sur la technique de recouvrement de l'amende), puisque les règles de droit et les principes directeurs du droit pénal s'appliquent tout autant, à commencer par le principe de légalité des délits et des peines, ainsi que tous les principes en découlant.

⁵²⁸ Joëlle Simon, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », *op. cit.*

parvenir. La hausse récente des taux des peines d'amende en droit pénal économique contribue à une protection toujours plus effective, misant sur son effet dissuasif.

152. Définition. Définie par Messieurs Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHÉC comme « l'obligation pour le condamné de payer une somme d'argent au Trésor public à titre de sanction pénale »⁵²⁹, l'amende pénale constitue une des deux peines principales existantes, avec la peine d'emprisonnement⁵³⁰.

153. L'évolution de la peine d'amende. Cette peine d'amende emporte depuis des siècles les faveurs du législateur. Les amendes existent dès le Code d'Hammourabi⁵³¹ et sont appliquées au long des siècles jusqu'au Code pénal de 1810, en dépit de périodes de vengeance privée⁵³². Même si elle a longtemps occupé une place de second plan face à l'emprisonnement, l'amende a acquis une certaine primauté⁵³³.

Dans un domaine où les valeurs contractuelles se confrontent aux désirs de lucre, l'amende pénale, loin d'être ignorée, constitue même la sanction principale, son champ d'application étant particulièrement étendu, tant et si bien qu'elle est parfois considérée comme le droit commun de la sanction⁵³⁴. Prévues depuis longtemps par le Code pénal pour des infractions « classiques » telles que l'escroquerie, l'abus de faiblesse ou encore l'abus de confiance⁵³⁵, l'amende pénale se révèle particulièrement en droit spécial des contrats, à savoir en droit de la consommation et en droit de la distribution. Les premières manifestations se retrouvent dès les prémices du droit de

⁵²⁹ Fr. Desportes et Fr. Le Gunehéc, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.791, n°832.

⁵³⁰ Le Code pénal conçoit d'autres types de sanctions qui s'apparentent à l'amende. En premier lieu, le Code pénal prévoit pour le juge la possibilité de prononcer pour les personnes morales, en même temps ou à la place de l'amende pénale, une sanction-réparation qui constitue une amende éventuelle. Le paiement de cette amende est fonction de la réparation effective de la victime ou non : on force cette réparation. Si la personne morale n'y procède pas, alors elle devra payer effectivement l'amende. Si le condamné indemnise la victime, alors il sera exempté de l'amende (C. pén. art. 131-39-1). En second lieu, le Code pénal instaure le jour-amende pour les personnes physiques, qui constitue un mélange entre la peine privative de liberté et l'amende. Lorsqu'une personne physique est condamnée à une peine d'emprisonnement, le juge peut condamner à « une peine de jours-amende consistant pour le condamné à verser au Trésor une somme dont le montant global résulte de la fixation par le juge d'une contribution quotidienne pendant un certain nombre de jours » (C. pén., art. L. 131-5). Cela évite au condamné d'effectuer la peine d'emprisonnement. Sur cette question, v. not. E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, n°141.

⁵³¹ C. Lejeune « La loi d'Hammourabi », *Bulletins et mémoires de la société d'anthropologie de Paris*, 1910, vol. I, p. 500 et s., spéc. p.508 ; in Frédéric STASIAK et Guillaume ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p.296.

⁵³² J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, n°48.

⁵³³ C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 16 mars 2004, n°54, p.3.

⁵³⁴ Emmanuel Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e éd., 2021, p.1252, n°1625.

⁵³⁵ Pour ces trois infractions, l'amende pénale prévue est actuellement de 375 000 Euros.

la consommation, lors de la création de la Loi sur les fraudes et falsifications de 1905⁵³⁶, et cette tendance n'aura de cesse de croître, que ce soit par la Loi Royer du 27 décembre 1973⁵³⁷ d'orientation du commerce et de l'artisanat, par la Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation.⁵³⁸, jusque à la loi relative à la Consommation du 17 mars 2014. La raison en est aisée : ce sont des domaines dans lesquels les auteurs des infractions sont pour la plupart des personnes morales. Or, la peine principale pour les personnes morales est l'amende. Par conséquent, il n'est en rien étonnant que le législateur ait porté son attention sur cette peine, en augmentant notamment son *quantum*.

154. La détermination du montant de l'amende : une échelle des peines variable. La détermination du quantum de l'amende n'est pas aussi lisible qu'il n'y paraît. En effet, de prime abord, les règles de détermination de l'amende pénale paraissent claires : il s'agit de se référer à la classification tripartite des infractions. En fonction de la gravité que le législateur entend donner à une infraction, il va choisir le montant de l'amende adéquat : jusqu'à 1 500 Euros, l'infraction sera contraventionnelle⁵³⁹ (3 000 Euros en cas de récidive). Cependant, ce système trouve ici sa première limite. S'agissant des peines d'amende correctionnelles et criminelles⁵⁴⁰, nul maximum est prévu. Par conséquent, c'est au législateur de prévoir, infraction par infraction, le *quantum* de la peine d'amende. Comment procède-t-il pour y parvenir ? Lors de l'adoption du Code pénal de 1994, un système d'équivalent entre la peine d'emprisonnement et la peine d'amende a été opéré : un an de prison correspond à 100 000 Francs (15 000 €). Cependant, le législateur s'est assez régulièrement écarté de cette méthodologie - approuvé en cela par certains auteurs⁵⁴¹ - en aggravant le maximum encouru de l'amende, afin de rendre la peine plus dissuasive et, ainsi, accentuer la protection des victimes⁵⁴². La peine d'escroquerie en constitue un exemple topique : l'emprisonnement encouru est de 3 ans tandis que la peine d'amende est de 375 000 euros d'amende. Toutefois, ces développements ne valent que pour les personnes

⁵³⁶ Loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services.

⁵³⁷ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite loi Royer.

⁵³⁸ Loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation.

⁵³⁹ Les contraventions se divisent par la suite en cinq classes, les montants maxima étant respectivement de 38 €, 150 €, 450 €, 750 € et 1 500 € au plus pour les infractions de la 1^{re} à la cinquième classe (C. pén., art. L.131-13).

⁵⁴⁰ À la lecture des articles 131-1 et 131-2 du Code pénal, il apparaît que la peine d'amende ne constitue pas une peine principale en matière criminelle. Le législateur ne l'exclue pas pour autant et laisse l'opportunité de la prévoir, au même titre que les peines complémentaires. Pour certains auteurs, elle constituerait même une peine complémentaire dans ce cas.

⁵⁴¹ Cf. notamment Madame Michèle-Laure Rassat, qui a souvent une opinion minoritaire dans la doctrine pénaliste : M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 4^e éd., 2017.

⁵⁴² Pour d'autres exemples, cf. J.-H. Robert et H. Matsopoulou, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, n°6.

physiques. S'agissant des personnes morales⁵⁴³, la règle diffère. La peine d'emprisonnement n'étant pas envisageable dans ce cas, le législateur estime que la sanction pécuniaire doit être multipliée par cinq⁵⁴⁴. Lorsqu'aucune amende est prévue en matière criminelle, le maximum encouru pour les personnes morales est de 1 000 000 d'euros.

Si le législateur se doit de prévoir le maximum légal pour chaque infraction, en revanche, aucun minimum n'est prévu⁵⁴⁵. Ce sera par la suite au juge d'opter pour le quantum de la peine le plus approprié dans les limites fixées par la loi en vertu du principe d'individualisation de la peine, en prenant en compte la personnalité de l'auteur, ainsi que les circonstances entourant la commission de l'infraction. En matière économique, le droit prévoit surtout des peines correctionnelles.

155. Les critiques relatives au recours à l'amende pénale en matière contractuelle.

Certaines critiques ont pu être adressées à l'encontre de l'amende pénale. Appliquées à la matière contractuelle, elles y trouvent un écho particulier. En premier lieu, Roger MERLE et André VITU⁵⁴⁶, et certains autres auteurs⁵⁴⁷, ont pu reprocher à cette sanction de faire le lit de l'Etat, le produit de l'amende lui revenant. Par conséquent, il « *tire bénéfice de la délinquance de ses sujets, ce qui est choquant* » pour ces auteurs, qui préféreraient que ces mannes soient affectées à des fonds de garantie pour les victimes, à l'instar de ce qui se passe dans certains autres pays d'Europe, comme l'Allemagne ou l'Italie⁵⁴⁸. Cette dernière proposition est très intéressante car elle se trouve aller dans le sens d'une meilleure protection des contractants victimes, leur garantissant une réparation plus certaine, et donc « d'une meilleure fonction sociale de la sanction ».

En deuxième lieu, la force punitive de la peine serait telle, qu'elle atteindrait, par ricochet, d'autres personnes que la personne condamnée, portant atteinte au principe de personnalité des peines. En frappant le patrimoine de l'auteur, personnage physique, l'amende aurait également

⁵⁴³ Sur la responsabilité des représentants des personnes morales, cf. *infra* n°176 et s.

⁵⁴⁴ C. pénal, art. 131-38, al. 1^{er} pour les peines correctionnelles et C. pénal, art. 131-40 pour les peines contraventionnelles.

⁵⁴⁵ Seules font exception les dispositions relatives à la récidive issues de la loi du 10 août 2007. Certains auteurs considèrent qu'un minimum encouru serait plus dissuasif.

⁵⁴⁶ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel - Tome I*, Cujas, 7^e édition, 1997, n°788.

⁵⁴⁷ Sur cette question, v. notamment : M. Puech, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 446, n°1235). Contra., M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Economica, 2014, n°513, qui estime que : « *c'est faire bon marché du coût social des infractions incomparablement plus élevé pour l'Etat que ce que peuvent lui rapporter les amendes pénales* » ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, qui affirme face à cette critique que « *la criminalité coûte infiniment plus à la société qu'elle ne rapporte à l'État, de sorte qu'on ne peut le soupçonner de s'enrichir à son sujet* ».

⁵⁴⁸ LEGAL, « Les garanties d'indemnisation de la victime d'une infraction », *Mélanges Huguency*, Sirey, 1964, p.35 et s.

des répercussions sur la famille de ce dernier, vivant de ce patrimoine⁵⁴⁹. Dès lors qu'une société est punie, ce seraient ses salariés voire les consommateurs qui pourraient être affectés. En sanctionnant de façon trop forte une faute contractuelle, les répercussions économiques sur l'entreprise pourraient se faire ressentir, entraînant des licenciements ou encore une répercussion sur les tarifs appliqués aux consommateurs. L'objectif de protection des contractants serait dès lors affaibli l'ordre public contractuel contrarié. Toutefois, ce même ordre public contractuel ne peut se satisfaire de laisser des comportements fautifs impunis afin d'éviter le risque de répercussions. Autant abroger toutes les règles protectrices de la relation contractuelle dans ce cas...

Enfin, en troisième lieu, l'amende pénale porterait atteinte à l'égalité de la sanction, car l'impact de celle-ci différerait selon le patrimoine de l'auteur. Les contractants fautifs seraient donc affectés différemment selon leur richesse ; cela nuirait alors à la « force intimidante »⁵⁵⁰ de la sanction pénale pour les auteurs les plus nantis. Cette critique mérite néanmoins d'être sérieusement tempérée. Tout d'abord, le juge procède à la personnalisation des peines⁵⁵¹, en choisissant un montant adapté de la peine, prenant *de facto* en compte le patrimoine de l'auteur. Ensuite, le législateur prend de plus en plus en considération la fonction intimidante de l'amende pénale, en jouant sur le *quantum* de la peine.

156. Transition. En effet, en élevant les maximum encourus, le droit pénal accentue tant l'éventail de la peine pouvant être prononcée que sa fonction dissuasive, participant alors à une meilleure protection de la relation contractuelle.

B. Une sanction propice à la protection de la relation contractuelle

157. L'augmentation récente et conséquente du quantum de la peine en matière contractuelle. La Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation, qui marque un tournant en matière consumériste et concurrentielle, a conduit à des modifications substantielles de l'amende pénale. D'une part, certaines amendes pénales sont remplacées par des sanctions

⁵⁴⁹ Monsieur Claude DUCOULOUX-FAVARD s'inscrit en faux face à cet argument, affirmant que « l'amende permet de respecter les principes de base de base de la personnalité et de la proportionnalité des peines » : Claude Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *op. cit.*

⁵⁵⁰ R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel - Tome I, op. cit.*, n°788.

⁵⁵¹ V. notamment M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, Economica, 2014, n°513 ; Cf. art. 132-24 du Code pénal.

administratives⁵⁵², particulièrement en droit de la distribution⁵⁵³. D'autre part, le législateur a choisi de renforcer de façon conséquente le *quantum* des peines d'amendes maintenues, avec l'objectif de garantir une meilleure protection aux consommateurs et autres contractants professionnels en renforçant le taux des peines. L'augmentation du *quantum* des peines s'est parfois réalisée dans des proportions colossales. L'infraction de non-respect du délai de rétractation dans le cadre d'un contrat hors-établissement en constitue une parfaite illustration, puisque l'amende pénale prévue en présence d'un tel cas passe de 3750 à 150 000 Euros, multipliant la peine par quarante⁵⁵⁴ ! La plupart des autres peines ont néanmoins été augmentées dans des proportions plus raisonnables en comparaison, l'amende pénale ayant été « simplement » décuplée⁵⁵⁵.

Cet « *alourdissement significatif* »⁵⁵⁶ constaté a pu être également mis en œuvre pour aligner les peines du Code pénal et du Code de la consommation : l'infraction d'abus de faiblesse existe à la fois à l'article 223-15-2 du Code pénal et à l'article L.121-8 du Code de la consommation. Afin que des faits similaires soient punis de façon identique, la Loi HAMON, suivant en cela les propositions du Rapport Coulon sur la dépenalisation du droit des affaires⁵⁵⁷, a décidé d'harmoniser les sanctions pénales en modifiant la sanction préexistante et en décidant de punir les auteurs de tels faits de 3 ans de prison et de 375 000 Euros d'amende (contre 9 000 euros auparavant). L'alignement conduit de fait à une multiplication par 41,6 de l'amende pénale, contribuant par là-même à une répression accrue de cette infraction en droit de la consommation.

Cette hausse significative du taux des peines d'amendes pourrait surprendre face aux volontés de dépenalisation de ces dernières années. Toutefois, le Rapport COULON, y est pourtant parfaitement favorable⁵⁵⁸, étant donné que l'élévation des taux de la peine d'amende pénale

⁵⁵² Cf. *infra*, n°198 et s.

⁵⁵³ Nombre d'amendes pénales du titre IV du Livre IV du Code de commerce intitulé « De la liberté des prix et de la concurrence » ont en effet été substituées par des amendes administratives.

⁵⁵⁴ C. consom., art. L.242-7.

⁵⁵⁵ Il en est ainsi des infractions des pratiques déloyales et des pratiques commerciales trompeuses de l'article L.132-2 C. consom., ou encore des contrats conclus hors établissement (C. consom., art. relatif. En droit de la distribution, les peines évoluent également : les articles L.441-4 et L.441-5 du Code de commerce prévoient une amende pénale de 75000 € pour les personnes physiques et 375 000 € pour les personnes morales.

⁵⁵⁶ V. sur cette question : S. Detraz, « Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », *LPA* 27 juin 2014, p. 22 et s ; Vanessa Valette-Ercole, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépenalisation et pénalisation », *Dr. pén.* 2014, étude 13 ; Jérôme Julien, « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc. consom.* 2014, dossier n°2.

⁵⁵⁷ J.-M. Coulon (Prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

⁵⁵⁸ J.-M. Coulon (Prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p.47.

constituerait, très paradoxalement, une dépénalisation du droit contractuel. En effet, des amendes pénales élevées encourageraient les juges à prononcer ces dernières, au détriment de peines privatives de liberté. Or, tout mouvement tendant vers la réduction des peines d'emprisonnement participe d'une certaine dépénalisation. Il convient toutefois de relativiser cette affirmation : pour les auteurs des faits, en pratique, cela conduira à une plus grande répression de l'infraction, la peine d'emprisonnement étant qu'assez peu prononcée en ce domaine⁵⁵⁹.

158. La fonction punitive et dissuasive de l'amende pénale. Telle qu'elle est désormais envisagée, l'amende pénale est fortement axée sur sa fonction dissuasive⁵⁶⁰. Tentés par le profit, la perspective de peines élevées devrait ralentir, voire annihiler les vocations délinquantes des contractants. Il s'agirait dès lors, « *d'une volonté [pour le législateur] de compenser la puissance du professionnel par un renforcement unilatéral du contenu obligationnel, (...) permettant ainsi un rééquilibrage des droits individuels dans une vision renouvelée des échanges économiques* »⁵⁶¹ selon Monsieur Yves PICOD. L'*animus cupidi*⁵⁶² des auteurs serait alors contrebalancé par la crainte de se voir condamné à une peine d'amende prohibitive. Selon l'expression de Monsieur Leszneck LERNELL, « *frapper la poche* »⁵⁶³ des contractants fautifs reste un moyen effectif de les décourager d'agir et de garantir le respect des règles contractuelles dans le cadre de la défense des contractants plus faibles.

Néanmoins, il ne faut pas omettre l'autre fonction principale de la peine d'amende : la punition. Si le contractant décide, malgré les peines encourues, de franchir les frontières de la légalité, alors il sera poursuivi et le juge se devra de prononcer une sanction s'il le reconnaît coupable. L'élévation du *quantum* de l'amende devrait conduire *de facto* à une hausse des peines prononcées, de sorte que le manquement de l'auteur se verra sanctionné par une punition plus élevée que le montant de son forfait. Il pourra en aucun cas se disenser de ses obligations contractuelles sans en subir de fortes conséquences pénales.

⁵⁵⁹ Le faible nombre de peines d'emprisonnement prononcées en droit de la consommation et en droit de la concurrence est un constat que font depuis des années la doctrine et les praticiens. C'est ce reproche constant qui a conduit en parties aux réflexions issues du Rapport Coulon relatif à *La dépénalisation en droit des affaires (op. cit.)*.

⁵⁶⁰ A. Ogus et M. Faure, *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, p.129 et s.

⁵⁶¹ Yves Picod, « Rapport de synthèse », *LPA* 27 juin 2014, p.36.

⁵⁶² G. Giudicelli-Delage, « Amende », *Dictionnaire de sciences criminelles*, Dalloz, 2004, p.46.

⁵⁶³ L. Lernell, « Certains aspects philosophiques et sociologiques du problème des peines pécuniaires », *Rev. Sc. crim* 1978, p.487 et s.

159. L'effectivité de la sanction en question. La question de l'efficacité de l'amende pénale se pose toutefois. Le rôle de l'amende apparaît important en principe mais, malgré des taux réhaussés de l'amende ces dernières années, elle apparaît encore parfois insuffisante. En premier lieu, l'effectivité de l'amende pénale suppose un déclenchement de l'action publique. Or, nombre de contractants, particulièrement en droit de la consommation, ne souhaitent pas s'engager dans une procédure pénale pour des montants souvent relativement raisonnables au vu des affres procédurales redoutées. En droit de la distribution, c'est surtout la crainte de voir des relations commerciales s'éteindre qui freine les actions des contractants lésés.

En second lieu, l'efficacité de l'amende pénale dépend du montant effectivement prononcé. Or, bien que le maximum des amendes ait été réhaussé ces dernières années, il n'en reste pas moins que le choix du *quantum* de la peine prononcée appartient uniquement aux magistrats. Ces derniers pourraient alors, malgré une aggravation certaine des taux, choisir de prononcer une peine relativement faible. Pour contrer cela, Messieurs Frédéric STASIAK et Guillaume ROYER proposent d'instaurer un système de « *peine miroir* »⁵⁶⁴, qui refléterait le niveau d'enrichissement des délinquants. Il s'agirait alors de mettre en place un « *minimum punitif* », plus souple que le « *forfait punitif* », puisque seraient prises en considération les circonstances de fait et la personnalité de l'auteur⁵⁶⁵. Comme cela a été prévu pour les peines plancher en matière de récidive légale par la loi du 10 août 2007⁵⁶⁶, le juge pourrait, sur motivation, décider de ne pas tenir compte de cette peine minimale, se conformant alors au principe de nécessité des peines⁵⁶⁷. Ce minimum punitif permettrait ainsi de tenir compte de la gravité de la transgression et/ou de la mentalité du délinquant. Cependant, il convient d'être prudent face à cette théorie. Les critiques formulées à l'égard de l'exigence de motivation du juge dans le cadre de l'application de peines plancher, au moment de l'adoption de la loi sur la récidive, conservent toute leur force ici. La loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive avait créé le système des « peines plancher » en matière de récidive : les magistrats ne pouvaient pas condamner le récidiviste en deçà d'un minimum, sauf à venir motiver la décision. Depuis, une loi du 15 août 2014⁵⁶⁸ est revenue sur ces dispositions en supprimant les peines plancher.

⁵⁶⁴ Frédéric STASIAK et Guillaume ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, op. cit.*

⁵⁶⁵ *Ibid.*

⁵⁶⁶ Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 sur la récidive des majeurs et des mineurs.

⁵⁶⁷ Décision du 9 août 2007 n°2007-354 DC, considérants 1 à 19.

⁵⁶⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation de la peine et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

160. Transition. Le renouvellement de l'amende pénale permet d'en faire la sanction pénale principale en matière contractuelle. La peine d'emprisonnement, quant à elle, semble de prime abord reléguée au second plan en droit économique contractuel. Elle demeure néanmoins emblématique de la force des sanctions pouvant être prononcées.

II. L'emprisonnement, peine emblématique maintenue en matière contractuelle

161. Présentation. « *La peine d'emprisonnement est la peine de référence* »⁵⁶⁹ en droit pénal. Par ces mots, Monsieur David DASSA-LE DEIST reprend une expression consacrée et traduit parfaitement la place de cette sanction pénale. Sa place centrale est manifeste, tant l'emprisonnement symbolise à elle seule la peine, et plus encore, la sanction. L'importance de l'emprisonnement est exacerbée par des références culturelles multiples et variées qui s'attachent à présenter cette sanction, souvent à travers le prisme de la vie dans les établissements pénitentiaires⁵⁷⁰. En droit économique contractuel, la fonction de la peine reste très symbolique (A), malgré une présence maintenue dans la législation⁵⁷¹ (B).

A. Le rôle symbolique de la peine d'emprisonnement en matière contractuelle

162. L'emprisonnement, sanction symbolique. La distinction entre peine privative de liberté et peine d'emprisonnement tient en la délimitation du champ d'application, la première englobant la seconde. Partant, il faut aussi compter parmi les peines privatives de liberté la réclusion criminelle et la détention criminelle (peines criminelles) et l'emprisonnement (peine correctionnelle), qui peuvent être encourues en cas de commissions de crimes de droit commun

⁵⁶⁹ D. Dassa-Le Deist, « L'emprisonnement : peine de référence en droit pénal », *Gaz. Pal.* 2016, n°16, p.92.

⁵⁷⁰ Sur la vision de la prison dans la littérature, v. notamment : M. Petrescu, *L'image de la prison dans la littérature française et québécoise du 20^e siècle*, Thèse, Waterloo, Ontario, Canada, 2013. Il est également possible de citer ici de nombreuses références cinématographiques, qui s'attachent à dépeindre le monde carcéral de manière plus ou moins violente et réaliste, telles que *Shutter Island* de Martin Scorsese sorti en 2010, *L'évadé d'Alcatraz* de Don Siegel, sorti en 1979, *La ligne verte*, de Franck Darabont, sorti en 1999, *Hunger* de Steve McQueen, sorti en 1981, *Midnight Express*, de Alan Parker, sorti en 1978. Plus récemment, le cinéma français s'est également illustré en dépeignant un monde carcéral plutôt réaliste à travers le film *Un prophète*, de Jacques Audiard, sorti en 2008.

⁵⁷¹ V. Valette-Ercolle, *op. cit.*

ou politiques⁵⁷². Seulement, les infractions sanctionnant les mauvais comportements en droit des contrats ne sont constitutives que de délits, expliquant la restriction de notre étude à la seule peine d'emprisonnement. Cette peine particulière se singularise par ses caractéristiques propres (1). C'est pourquoi l'étude des personnes visées par cette sanction dans le cadre des infractions économiques est particulièrement intéressante (2).

1. Les caractéristiques de la sanction

163. Définition. La peine d'emprisonnement consiste à détenir une personne, à la mettre à l'écart pendant une période donnée en l'enfermant dans un établissement⁵⁷³, la privant ainsi de sa liberté d'aller et venir, à la suite d'une condamnation pénale. Cette peine est unique dans le système normatif français, en ce qu'elle ne peut être prononcée que par le juge pénal, aucun autre juge ne peut la prévoir⁵⁷⁴. Cette peine si particulière dans ses modalités (a) se distingue également par les fonctions qui lui sont attribuées (b).

a. Les modalités de la peine d'emprisonnement

164. Une sanction, entre tradition et nouveauté. « *La prison est une des plus vieilles institutions du monde. Si bien qu'aux yeux du grand public la notion de prison résume pour l'essentiel l'idée qu'il se fait du droit pénal. Il existait déjà des prisons dans les temps préhistoriques. Il en existe toujours au XXe siècle après Jésus-Christ* »⁵⁷⁵. C'est par cette affirmation que Roger MERLE et André VITU débute leurs propos sur la peine privative de liberté⁵⁷⁶. Si cela retranscrit parfaitement la réalité, l'idée que l'on se fait de l'emprisonnement et ses modalités de mise en œuvre effectives n'ont cessé d'évoluer. La peine d'emprisonnement a commencé à revêtir les contours de la sanction d'aujourd'hui au sortir de la Révolution française. Observée à l'époque comme une peine plus douce et moins sévère en comparaison avec des châtiments corporels infligés comme le

⁵⁷² V. not. O. Décima, St. Détraz et E. Verny, *Droit pénal général*, LGDJ, 4^e éd., 2020, p.326, n°580.

⁵⁷³ Fr. Desportes et Fr. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009 p.735, n° 777.

⁵⁷⁴ Il faut ici faire la distinction entre peine d'emprisonnement et l'enfermement, qui peut être quant à lui prononcé par les autorités administratives. Peuvent être évoqués ici à titre d'exemples les hospitalisations d'office ou encore les détentions d'étrangers en attente de reconduites à la frontière.

⁵⁷⁵ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel. Problèmes généraux de la science criminelle*. Droit pénal général, Cujas, 7^e édition, 1997, p.894.

⁵⁷⁶ De nombreux écrits se sont intéressés à l'historique de la peine d'emprisonnement, la prison et leur historique. Parmi celles-ci, v. notamment : Lernell, « Réflexions sur l'efficacité de la peine privative de liberté », *Mélanges Graven*, p.91 ; J. Verin, « La prison, comment s'en débarrasser ? *REV. SC. CRIM* 1975, p.906.

supplice⁵⁷⁷, étant même envisagée comme la « peine idéale » par Bentham⁵⁷⁸, elle devient « la pièce maîtresse du système répressif français »⁵⁷⁹ dès 1810 avec l'introduction du Code pénal.

165. Une peine de référence. « Devenue pour la conscience collective française l'expression même du *châtiment pénal* »⁵⁸⁰, la peine d'emprisonnement devient également, avec l'amende, une peine de référence. Cela se traduit, d'une part, par le fait que chaque délit est systématiquement puni au minimum soit de l'une de ces sanctions, soit des deux, sans compter d'autres sanctions éventuelles. Cela se manifeste, d'autre part, par le fait que le *quantum* de la peine d'emprisonnement détermine la catégorie de l'infraction commise : la classification tripartite des infractions découle en effet du *quantum* de la peine d'emprisonnement existante, et de cette dernière dépendent le choix de la procédure et les juridictions compétentes pour traiter de l'affaire⁵⁸¹. Prévue à l'article L.131-34 du Code pénal, l'échelle des peines va de deux mois à dix ans, étant entendu que le juge dispose d'une grande liberté dans le choix de la durée de la peine prononcée⁵⁸², ce dernier devant obligatoirement prendre en compte le principe de personnalité des peines. D'ailleurs, ainsi que le soulignent Messieurs Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC⁵⁸³, le régime d'exécution est conçu non en fonction de la nature criminelle ou correctionnelle de la peine mais en fonction de sa durée et de la personnalité du condamné.

166. L'exécution de la peine d'emprisonnement : de la peine idéale à l'âpre réalité. Idéalisée par certains, diabolisée par les autres, la peine d'emprisonnement ne peut se concevoir sans le lieu principal d'exécution de cette peine : la prison⁵⁸⁴. Destinée à mettre à l'écart un individu condamné pendant un moment donné, la mise en œuvre de la peine d'emprisonnement pose question. Ainsi que le remarque Monsieur Robert BADINTER, il existe une « *extraordinaire contradiction entre la réalité et l'idée de la prison en tant que peine* »⁵⁸⁵. Les conditions de détention font régulièrement l'objet de dénonciations justifiées : surpopulation carcérale, conditions d'hygiène

⁵⁷⁷ M. Foucault, *Surveiller et punir*, *op. cit.* : Michel Foucault y décrit dès les premières pages le supplice de Damiens, par écartèlement.

⁵⁷⁸ J. Bentham, *Le panoptique*, Édition Mille et une nuits, Paris, 2002.

⁵⁷⁹ *Ibid.*

⁵⁸⁰ R. Badinter, *Audition de M. Robert Badinter*, Réseau Voltaire, 23 mars 2000, www.voltairenet.org/article7993.html.

⁵⁸¹ Sur cette question, v. notamment : V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, *op. cit.*, p. 69

⁵⁸² La durée d'emprisonnement ne peut toutefois pas être inférieure à 1 mois en matière correctionnelle (C. pén., art. L.132-19, al. 1^{er}). Sur cette question, v. E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*

⁵⁸³ Fr. Desportes et Fr. Le Gunheec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.735, n°777.

⁵⁸⁴ La peine d'emprisonnement peut, comme il a été vu *supra*, faire l'objet d'aménagements de peine pour limiter son exécution dans les murs des prisons françaises.

⁵⁸⁵ R. Badinter, *Audition de M. Robert Badinter*, *op. cit.*

déplorables, bâtiments très vétustes⁵⁸⁶, sont quelques-unes des critiques principales justifiées auxquelles doivent faire face les services pénitentiaires, responsables de l'exécution de cette sanction. Tant est si bien que de nombreuses réformes pénitentiaires vont être mises en œuvre, dès la fin de la Seconde guerre mondiale, dans le but d'obtenir « *un traitement pénal des détenus respectant la dignité* »⁵⁸⁷. La réforme pénitentiaire de 2009 et celle de 2014 vont également tenter de redonner une certaine humanité à cette peine⁵⁸⁸. Néanmoins, les difficultés de la vie carcérale persistent. Les différentes condamnations de la France par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en attestent. En effet, il est fréquent que cette juridiction supra-étatique en vienne à sanctionner la France pour violation de l'article 3 de la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme pour traitements inhumains et dégradants⁵⁸⁹. D'autres décisions devraient encore suivre, la Cour ayant encore été saisie récemment⁵⁹⁰ par l'Observatoire international des prisons.

167. La nécessité d'une peine prononcée en conscience. Face à ces constats alarmants, le choix est fait de ne punir de la peine d'emprisonnement qu'en dernier recours en matière correctionnelle, comme le rappelle un Rapport du Sénat de 2014, qui précise que « la prison n'est qu'une peine parmi d'autres et non la peine de référence ou la peine première »⁵⁹¹. En outre, l'article L. 132-19 al. 2 du Code pénal dispose qu'en matière correctionnelle « *toute peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine indispensable et si toute autre sanction est manifestement inadéquate.* »⁵⁹². C'est dans le cadre de la réforme pénitentiaire de 2009 que le législateur a introduit pour la première fois un tel tempérament⁵⁹³. Cela permet d'apporter une première

⁵⁸⁶ Sur ces constats, v. notamment les rapports de l'Office international des prisons, mais également les nombreux commentaires rédigés par des auteurs spécialistes du monde carcéral, comme J.-P. Céré, M. Herzog-Evans ou E. Péchillon.

⁵⁸⁷ Cf. E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., p.802.

⁵⁸⁸ L. n°2009-1436 du 24 novembre 2009 pénitentiaire et L. n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales.

⁵⁸⁹ Parmi ces décisions de condamnation v. : CEDH, 5e Sect. 25 avril 2013, Canali c. France, Pascal Dourneau-Josette, « Les conditions de détention et la CEDH », in *Gaz. Pal.* 2013, n° 40, pp. 4-11 : mauvaises conditions d'hygiène, promiscuité, surpopulation carcérale ; CEDH, 7 juin 2001, Papon c/ France, REV. SC. CRIM 2003, p.144, obs. F. Massias ; CEDH 7 juin 2001, Mouisel, Dr. pén. 2003, comm. n°52, LPA 2003, n°122, p.15, obs. Tigroudja ; REV. SC. CRIM 2003, p.144, obs. F. Massias. ; CEDH, 27 nov. 2003, Henaf c/ France, JCP 2004, II.10093, note Di Raimondo (condamnation de la France à la suite de l'entrave d'un détenu sur son lit d'hôpital). V. également : F. Sudre, *JCP* 2001, I, 291, n°6 et 342, n°4 ; *JCP* 2002, I, 105, n°2.

⁵⁹⁰ « Prisons : l'Europe encore saisie du cas français », https://www.lesechos.fr/23/08/2017/LesEchos/22513-007-ECH_prisons--l-europe-encore-saisie-du-cas-francais.htm

⁵⁹¹ Rapport J.-P. Michel, Sénat, n°641, 18 juin 2014, t. II, p.41, dans le cadre de la proposition de loi du 15 août 2014 sur la contrainte pénale.

⁵⁹² Sur cette question, v. notamment Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 7^e éd. MAJ, 2021, p.669, n°536.

⁵⁹³ Loi n°2009-1436 du 24 novembre 2009 - art. 65.

explication au nombre de condamnations minimales à des peines d'emprisonnement dans le cadre du droit pénal des affaires, et particulièrement en matière contractuelle. La dangerosité des auteurs n'apparaît bien souvent pas ici telle que l'incarcération soit impérative. En outre, quand bien même l'emprisonnement sans sursis serait prononcé, cela ne signifie pas pour autant un enfermement automatique dans un établissement pénitentiaire. Volonté est faite de favoriser les aménagements de peines⁵⁹⁴, particulièrement pour les peines d'emprisonnement inférieures ou égales à deux ans⁵⁹⁵, en mettant en place notamment des régimes de semi-liberté⁵⁹⁶, de placement sous bracelet électronique⁵⁹⁷ ou encore d'exécutions par fractions⁵⁹⁸. D'ailleurs, Monsieur Robert Badinter affirme à propos du bracelet électronique que « *tout ce qui peut éviter la détention est bon à expérimenter et à utiliser* »⁵⁹⁹. Il ajoute au surplus qu'il faut « *axer tout l'effort sur les peines de substitution* »⁶⁰⁰.

Au vu de ces éléments, se pose alors la question du prononcé de cette peine à l'encontre de délinquants économiques, qui ont commis une infraction dans le cadre de la conclusion ou de l'exécution d'un contrat, en comparaison avec des personnes ayant commis un meurtre, coupables d'agressions sexuelles, de viols, ou encore ayant participé à un trafic de stupéfiants⁶⁰¹. Certes, la durée de la peine encourue n'est pas même et le juge tiendra compte de la personnalité de l'auteur dans le prononcé de la peine. Toutefois, les conditions d'exécution de la peine, elles, seront sensiblement les mêmes. Pis, face à des problèmes constants de surpopulation carcérale et de gestion des effectifs carcéraux⁶⁰², les conditions d'exécution de la peine en centre de

⁵⁹⁴ Monsieur Yves Mayaud affirme ainsi que de nouvelles figures sont créées, « *dont l'objet est d'atteindre le condamné dans les aspects vulnérables de son existence, sans aller jusqu'à un enfermement total ou à un appauvrissement d'ordre matériel* », in *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°486.

⁵⁹⁵ Dans le cadre de la Loi n°2017-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, il avait été prévu de favoriser autant qu'il est possible les aménagements de peines pour les peines inférieures ou égales à deux ans. Les commentateurs ont cru cette disposition remise en cause par le Président de la République dans un discours du 6 mars 2018 prononcé à l'École Nationale de l'Administration pénitentiaire à Agen. Ce dernier avait en effet précisé qu'il ne souhaitait plus que les peines de prison supérieures à un an soient aménageables : <http://www.elysee.fr/declarations/article/transcription-du-discours-du-president-de-la-republique-a-l-ecole-nationale-d-administration-penitentiaire/>.

⁵⁹⁶ C. pén., art. 132-25.

⁵⁹⁷ C. pén., art. 132-26-1 et s.

⁵⁹⁸ C. pén., art. 132-27 et 132-28.

⁵⁹⁹ R. Badinter, *Audition de M. Robert Badinter*, *op. cit.*

⁶⁰⁰ *Ibid.*

⁶⁰¹ Pour ne citer que ces exemples d'infractions caractéristiques.

⁶⁰² Sur ces questions de surpopulation carcérale endémique, v. notamment les écrits de Pierre-Victor Tournier, qui a pendant plusieurs années, de 2006 à 2012, tenu à jour les statistiques mensuelles de la population carcérale, dans le cadre de l'OPALE, l'Observatoire des Prisons et Autres Lieux d'Enfermement ou de restriction de liberté, <http://www.anvp.org>, <http://pierre-victortournier.blogspot.fr/>, <http://www.apcars.fr/>. Depuis 2012, il est possible de retrouver ces statistiques mensuelles sur le site du ministère de la Justice : <http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/statistiques-mensuelles-de-la-population-detenu-ecronee-31234.html>.

détention et parfois même en maison d'arrêt lorsque les conditions y obligent, sont particulièrement difficiles et souvent plus que dans les maisons centrales, là où les condamnés y purgent les plus longues peines⁶⁰³ et où, face à des détenus jugés plus dangereux, l'organisation carcérale est plus encadrée. Cela pose par là-même la question de l'égalité face à la peine, non pas dans sa prévision ni dans son prononcé, mais dans son exécution. Ces considérations peuvent expliquer la réticence des tribunaux à prononcer des peines d'emprisonnement envers des délinquants économiques, dont les actes, s'ils ont porté atteinte à l'ordre public dans l'absolu, concernent souvent plus particulièrement la catégorie particulière de l'ordre public contractuel ou économique⁶⁰⁴.

Pourtant, pour que la portée normative d'un texte de loi produise son plein effet, il faut que la sanction puisse être prononcée et qu'elle ait un impact, ce qui renvoie aux fonctions de l'emprisonnement.

b. Les fonctions particulières de la peine, moins adaptées à l'infraction économique

168. Présentation. « *Le but des peines n'est ni de tourmenter et affliger un être sensible, ni de faire qu'un crime déjà commis ne l'ait pas été* »⁶⁰⁵. Comme le transcrivait ainsi Beccaria, la détermination du but de la peine revient à un équilibre délicat dans les fonctions qui vont lui incomber à chaque sanction. Si les fonctions de la peine d'emprisonnement sont sensiblement les mêmes que pour toutes les sanctions pénales, elles y sont ici particulièrement exacerbées. L'impact et l'attente suscitée par cette peine particulière sont telles que les fonctions de la sanction pénale trouvent en la peine d'emprisonnement un écrin parfait pour s'y exprimer pleinement. Car si l'effet premier de la peine d'emprisonnement consiste, au regard de la société, en la mise à l'écart de l'individu fautif pendant une période donnée, prévenant ainsi, par dissuasion, la commission de l'infraction par d'autres, les fonctions allouées à cette sanction se situent également au regard de

⁶⁰³ Sur ces questions, v. notamment M. Erzog-Evans, *Droit pénitentiaire*, Dalloz, Dalloz Action, 3^e éd., 2019.

⁶⁰⁴ Sur les distinctions entre ordre public et ordre public contractuel ou ordre public économique, cf. *infra*, n°352.

⁶⁰⁵ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, trad. Maurice Chevalier, Préf. Robert Badinter, Flammarion, 1991 (1765), p. 66.

l'individu puni. Le châtement doit servir tant à l'amendement qu'à la réinsertion⁶⁰⁶ de l'auteur des faits.

169. La fonction préventive de l'emprisonnement. La peine d'emprisonnement est le catalyseur de la sanction pénale et, plus largement de la sanction, tant et si bien que Michel Foucault a pu dire fort à propos que « *la prison a colonisé la pénalité* »⁶⁰⁷. Partant, sa fonction préventive peut tout d'abord être mise en avant, « *le sentiment de la sécurité personnelle étant le but de la société* »⁶⁰⁸. D'ailleurs pour Roger MERLE et André VITU, « *aux yeux des rédacteurs du Code pénal, la prison était censée remplir un but de prévention générale à un double point de vue : en isolant le délinquant dangereux, on l'empêchait de nuire davantage, et les « honnêtes gens » se sentaient rassurés ; en soumettant les coupables au régime sévère de l'internement pénitentiaire, on donnait un exemple intimidant à tous ceux qui auraient eu quelque velléité de les imiter* »⁶⁰⁹. Monsieur Bernard BOULOC parle quant à lui de prévention générale et de prévention spéciale⁶¹⁰. Il s'agit donc de rassurer la société, en écartant l'individu de la société pendant une période donnée, ou dans le cadre de droit pénal des affaires, de l'écarter du marché. Cela empêche par conséquent le délinquant de nuire à nouveau, remplissant également sa fonction neutralisatrice⁶¹¹. Mais il s'agit ici aussi de dissuader des comportements incriminés.

La communication apparaît alors ici essentielle. Si « *Nul n'est censé ignorer la loi* », la connaissance réelle de la norme pénale participe de la mise en œuvre de cette fonction préventive, tout comme celles des décisions de justice. La crainte d'une peine d'emprisonnement intimiderait les justiciables qui seraient alors amenés à abandonner leurs projets délictuels. C'est d'ailleurs ce que souligne Monsieur Denis MAZEAUD quand il affirme que le but de l'emprisonnement est de « *renforcer la stratégie de dissuasion des comportements illicites des professionnels* »⁶¹². Il est néanmoins possible de douter de l'efficacité réelle de cette fonction intimidatrice et préventive. Malgré des

⁶⁰⁶ La distinction est présente dès l'origine de cette sanction, notamment dans les écrits de Le Pelletier de Saint-Fargeau, comme le rapporte Monsieur Badinter lors de son audition devant l'Assemblée nationale en 2000 (R. Badinter, *Audition de M. Robert Badinter*, Réseau Voltaire, 23 mars 2000, www.voltairenet.org/article7993.html).

⁶⁰⁷ M. Foucault, *Surveiller et Punir*, Gallimard, 2003 (1975), p. 267 et s.

⁶⁰⁸ Beccaria, *Traité des délits et des peines*, *op. cit.* p. 125.

⁶⁰⁹ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n°721, p.896.

⁶¹⁰ B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°498 et 499, p. 412 et s.

⁶¹¹ La Cour européenne des Droits de l'Homme souligne d'ailleurs que « l'une des fonctions essentielles d'une peine d'emprisonnement est de protéger la société », tout en reconnaissant le but légitime de réinsertion sociale progressive des personnes condamnées à des peines d'emprisonnement (CEDH, 15 déc. 2009, *Maiorano et a. c/ Italie*, §108).

⁶¹² D. Mazeaud, « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », *op. cit.* p.235, spéc. p.250.

peines d'emprisonnement prévues dans certains textes afin de lutter contre les comportements fautifs dans le cadre de relations contractuelles, force a été de constater de nombreuses atteintes aux règles, interrogeant sur leur force normative⁶¹³.

170. La force de la fonction rétributive de l'emprisonnement. La fonction punitive de la peine d'emprisonnement ne fait quant à elle pas de doute⁶¹⁴. Le but de ce châtement est de rétablir l'ordre public à la suite d'une faute commise, tout en donnant satisfaction à la victime (évitant ainsi tout recours malheureux à la justice privée)⁶¹⁵. BECCARIA disait qu' « *il faut donc choisir des peines et une manière de les infliger qui, toute proportion gardée, fassent l'impression la plus efficace et la plus durable possible sur l'esprit des hommes, et la moins cruelle sur le corps du coupable* »⁶¹⁶. En privant de liberté l'individu fautif, la justice le prive d'une de ses libertés fondamentales. Cela est justifié par l'obligation pour lui de s'amender – on pourrait même dire expier – à la suite de l'infraction commise. En subissant cette peine d'emprisonnement, constituant il assume sa responsabilité pénale, constituant presque ici un caractère libérateur⁶¹⁷. Ce faisant, l'idée de souffrance innerve de fait la peine d'emprisonnement, comme le souligne Monsieur Robert BADINTER. Il explique ainsi qu' « *une liaison s'est opérée entre prison et souffrance, car la prison est une peine et que la peine signifie douleur. Quand j'entends de grandes autorités déclarer que la prison n'est que privation de liberté, je souris toujours intérieurement : d'une façon non dite mais ressentie, il en va différemment. La prison est un lieu de peine, ce n'est pas qu'un lieu de privation de liberté* »⁶¹⁸. Cependant, si emprisonner un individu pour punir peut certes avoir un intérêt lorsque les faits commis sont tels qu'aucune autre sanction ne semble pouvoir être prononcée, la question se pose en matière économique, où les atteintes à la personne sont en général plus rares. En outre, il est indispensable de penser à l'après, lorsque le

⁶¹³ La fonction préventive est remise a également été remise en cause par certains auteurs : Riveiro, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *Mélanges Raynaud*, 1985, p.675 ; Commission de réforme du Droit, « La crainte du châtement », *Rapport Fattab et Teevan*, Ottawa, 1976 ; F. Pansier, *La peine et le droit*, PUF, 1994, p.40 et 41.

⁶¹⁴ Certains auteurs, comme David Dassat-Le Deist, estiment que la fonction première de la peine d'emprisonnement en droit pénal ne serait plus la punition, cela au regard du fait qu'en matière correctionnelle, ce châtement ne devrait être prononcé qu'en « dernier recours » (D. Dassat-Le Deist, « L'emprisonnement : peine de référence en droit pénal », *Gaz. Pal.* 2016, n°16, p.92). Au regard de la situation actuelle et des conditions de détention, difficile pourtant de ne pas voir dans la fonction punitive la fonction principale de l'emprisonnement.

⁶¹⁵ Sur cette question, v. notamment R. Merle et A. Vitu, *Problèmes généraux de la science criminelle, droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, p.824, n°654.

⁶¹⁶ Beccaria, *Traité des délits et des peines*, *op. cit.* p. 66.

⁶¹⁷ Sur cet effet libérateur, v. notamment : R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, F. Alcan, 3^e éd., 1927, p.243.

⁶¹⁸ R. Badinter, *Audition de M. Robert Badinter*, Réseau Voltaire, 23 mars 2000, www.voltairenet.org/article7993.html.

délinquant aura effectué sa peine d'emprisonnement. C'est pourquoi sa fonction resocialisante est essentielle.

171. La fonction resocialisante déçue de la peine d'emprisonnement. S'il est une fonction de la peine d'emprisonnement qui suscite beaucoup de questionnements, c'est bien la fonction resocialisante de la sanction. Un des buts assignés à la peine d'emprisonnement est l'insertion, ou plutôt la réinsertion de l'individu dans la société à l'issue de l'exécution de la sanction. Il faut ainsi profiter de sa période d'exécution de la peine pour « rééduquer » le détenu, par le biais de l'éducation, d'un retour à l'emploi, d'un suivi sociologique ou encore psychologique et surtout préparer la sortie de détention. Cette fonction est donc empreinte d'humanisme et il s'agit d'un devoir qui incombe à l'État de resocialiser l'individu, ce qui devrait avoir pour conséquences de diminuer la récidive notamment. Pourtant, un vif débat a trait à la réalité d'une fonction qui n'est pas contestée dans son principe. Particulièrement mise en lumière par le mouvement de la défense sociale nouvelle, porté par Marc Ancel⁶¹⁹, son efficacité est sérieusement mise en doute aujourd'hui. Monsieur Jean Danet le résume parfaitement : « *Resocialiser et/ou soigner. Voilà bien un enjeu mythique de la prison auquel personne ne croit plus vraiment sans pourtant tout à fait y renoncer* »⁶²⁰.

Les constats sont en effet unanimes : la fonction resocialisante de la peine d'emprisonnement est un échec. Pis, ainsi que le constate Monsieur Robert BADINTER : « *nous savons tous, depuis près de deux siècles que, telle qu'elle est, la prison est le séminaire du crime et l'école de la récidive. Le corps social ne supporte pas que les détenus vivent mieux que la catégorie sociale la plus défavorisée de la société* »⁶²¹. Tous les commentateurs s'accordent d'ailleurs à le dire depuis de nombreuses années⁶²². Pourtant, les nombreuses réformes pénitentiaires ont tenté d'y remédier en proposant des systèmes de suivis personnalisés⁶²³ et en améliorant les conditions de détention. Le problème est que ces bonnes

⁶¹⁹ M. Ancel, *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 1980 (1954).

⁶²⁰ J. Danet, *Justice pénale, le tournant*, Folio, 2006, p.102.

⁶²¹ Il poursuit en expliquant qu'il est impossible dans une société démocratique déterminée, « de porter le niveau de la prison au-dessus du niveau de vie du travailleur le moins bien payé de cette société », ce qui conduit indubitablement à des paradoxes, puisqu'en parallèle, la prison doit conduire à l'amendement et à la réinsertion. (R. Badinter, *Audition de M. Robert Badinter*, Réseau Voltaire, 23 mars 2000, www.voltairenet.org/article7993.html).

⁶²² Sur cette question, v. notamment : Vérin, « La resocialisation sur la sellette », *REV. SC. CRIM* 1976, p.416 ; M. Ancel, « Examen de conscience de la défense sociale », *REV. SC. CRIM* 1978, p.949 ; SCHMELCK, Évolution de la politique criminelle, G.P., 30 oct. 1979, p.2 ; Lejin, « Criminogénèse », *REV. SC. CRIM* 1979, p.487 et s. ; JESCHÉCK, « La crise de la politique criminelle », *REV. SC. CRIM* 1980, n°4, p.15 et s. ; Oztapzeff Lawine, « Mythe du traitement pénal », *Déviance et société*, 1981, Vol. n°2, p.113 ; Milly Bruno, « La prison, école de quoi ? Un regard sociologique », *Pouvoirs*, vol. 135, n°4, 2010, pp. 135-147 ; L. Lemasson, « La prison est-elle l'école du crime ? », *Institut pour la Justice*, Notes et synthèses, n°37, 2016.

⁶²³ L'une des dernières est la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice.

intentions restent vaines face à la réalité économique actuelle des prisons et de l'environnement pénitentiaire⁶²⁴. Cela laisse un sentiment assez amer face à la peine d'emprisonnement qui est censée, par cette fonction resocialisante, participer à la réadaptation de l'individu au sein de la société. On doute alors de la réelle efficacité de cette peine d'emprisonnement en matière de droit économique contractuel, si le professionnel ne peut pas se remettre en question et travailler à son projet de sortie durant ce temps.

172. Transition. Aussi, apparaît-il erroné de parler des fonctions préventive, rétributive et resocialisante de la peine. Il conviendrait en effet de parler plus sûrement des « finalités » de l'emprisonnement que de ses « fonctions », comme des buts à atteindre plus que des fonctions mises en œuvre automatiquement. À cet égard, il conviendrait sans doute dévouer davantage les « finalités » de l'emprisonnement que ses fonctions », comme des buts à atteindre plus que des fonctions appelées à produire effet automatiquement. Dans le domaine des infractions économiques, les finalités de l'emprisonnement interrogent. Il ne semble que l'effet dissuasif ait eu un réel impact jusqu'ici, puisque la délinquance n'a pas diminué. L'aspect rétributif n'est pas plus efficace, le nombre de condamnations étant trop faible. L'importance de cette peine, sa gravité, ses difficiles conditions d'exécution et ses répercussions sur la société ne doivent pas faire oublier la personne qui la subit : l'auteur de l'infraction.

2. Les personnes visées par la sanction

173. Présentation. La particularité du droit économique contractuel est que le responsable pénal diffère. Tantôt personne physique, il est bien plus souvent personne morale, particulièrement en droit spécial des contrats, où les relations entre consommateurs et professionnels et les relations de droit de la distribution concernent majoritairement ces dernières. Ainsi, les personnes poursuivies pour des infractions pénales peuvent être soit des personnes physiques, ayant agi pour leur propre compte (a), soit des personnes morales, ce qui

⁶²⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 755 et s., n°1192 et 1193.

conduit, pour la peine d'emprisonnement, à incriminer des personnes agissant pour leur compte (b).

a. **La peine d'emprisonnement encourue par l'auteur des faits, personne physique**

174. Une peine forcément encourue par une personne physique. Par sa nature, la peine d'emprisonnement présente la caractéristique de ne pouvoir être subie que par des personnes physiques : difficile en effet de priver de liberté en l'enfermant une personne morale. Dès lors, peuvent être emprisonnés les auteurs, personnes physiques, ayant été reconnus coupables des faits leur ayant été reprochés et pour lesquels les juges ont prononcé une peine d'emprisonnement, dont le quantum est fixé au regard du principe de personnalité des peines. Si ce châtiment est subi par le délinquant reconnu coupable des faits, il ne faut pas oublier que cela impacte, par ricochet, sa famille, que ce soit par l'absence physique de la personne, ou également au regard des conséquences financières que cet emprisonnement peut entraîner, comme la perte de revenus. En matière de pratiques commerciales trompeuses, la peine de deux ans d'emprisonnement encourue se révèle être, en outre, cumulative avec la peine d'emprisonnement, ce qui peut conduire l'auteur à mettre doublement en difficultés son entourage en cas du prononcé de la peine d'emprisonnement⁶²⁵.

175. Un emprisonnement parfois subi en amont du prononcé de la sanction. Une particularité existe néanmoins dans le cadre de l'emprisonnement : il peut être subi en amont de toute condamnation pénale, si cela s'avère nécessaire, dans le cadre d'une mise en examen. La personne, encore simplement soupçonnée et non encore condamnée par une juridiction pénale, est alors placée en détention provisoire⁶²⁶. En matière d'infractions liées aux contrats, la situation s'avérera assez rare, l'article 143-1 du Code de procédure pénale précisant que la détention provisoire ne peut être ordonnée ou prolongée que si la personne mise en examen encourt une peine criminelle ou une peine correctionnelle d'une durée égale ou supérieure à trois d'emprisonnement. De fait, la plupart des infractions relatives aux relations contractuelles en droit spécial sont sanctionnées par une peine d'emprisonnement dont le *quantum* n'excède pas deux ans. En revanche, les auteurs présumés d'escroquerie, d'abus de confiance ou encore

⁶²⁵ C. consom., art. L.132-2 al. 1^{er} : « Les pratiques commerciales trompeuses mentionnées aux articles L. 121-2 à L. 121-4 sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros ».

⁶²⁶ Les articles 144 et s. du Code de procédure pénale détaillent les situations pour lesquelles la détention provisoire peut être prononcée.

d'abus d'ignorance ou de faiblesse, infractions prévues dans le Code pénal et punies d'au moins trois ans d'emprisonnement, peuvent y succomber.

Il est logique de considérer que l'individu qui a commis une infraction pour son propre compte puisse être condamnée à une peine d'emprisonnement si cette dernière est prévue dans les textes et si elle s'avère prononcée par les juges. Cependant, une personne physique peut également être poursuivie et condamnée s'il a commis la faute pour le compte d'une personne morale.

b. La peine d'emprisonnement encourue par les personnes physiques agissant pour le compte des personnes morales

176. Une responsabilité pénale des personnes morales habituelle en droit pénal des affaires. La responsabilité pénale des personnes morales tient une place importante dans le cadre de la sanction non civile du contrat. En effet, comme il a déjà été souligné, le droit pénal des contrats implique nombre d'infractions pouvant être commises par des professionnels, particulièrement en droit spécial, comme en droit de la consommation et en droit de la distribution. Or, ce sont majoritairement des entreprises, donc des personnes morales, qui sont engagées dans ces relations contractuelles. Par conséquent, ce sont également ces dernières qui sont susceptibles d'être poursuivies pénalement à la suite de la commission d'infractions.

177. Le cumul possible des poursuites à l'encontre des personnes morales et des personnes physiques. La question légitime s'est posée de savoir si une personne physique pouvait être poursuivie pour les mêmes faits que la personne morale. Si À la veille de la création du nouveau Code pénal, le Garde des Sceaux de l'époque, Monsieur Robert Badinter, affirmait que le cumul ne devrait avoir lieu que lorsque « *le dirigeant était personnellement intervenu dans la décision ou dans la réalisation de l'infraction, ou si la loi prévoit qu'il répond personnellement de certaines infractions* »⁶²⁷. L'article 121-2 du Code pénal dispose en son alinéa 3 que « *la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article L.121-3* », lequel dispose quant à lui que dans le cadre des fautes d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, « *les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de*

⁶²⁷ R Badinter, *Présentation du projet du nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988, p.16.

façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ».

Par conséquent, il faut en déduire que le cumul des responsabilités de la personne morale et de son dirigeant ou représentant est possible, sous réserve de la teneur de l'infraction. Le but est ici d'éviter que la personne physique se réfugie derrière la responsabilité de la personne morale afin de s'exonérer de sa propre responsabilité. Dès lors, une personne physique peut être condamnée à une peine d'emprisonnement alors que l'infraction a été commise pour le compte d'une personne morale mais dans certaines circonstances seulement. La doctrine semble partagée sur la légitimité de ce cumul de responsabilités, estimant que c'est remettre en cause le mécanisme de représentation ayant permis d'agir contre la personne morale⁶²⁸. Une circulaire du Garde des sceaux de 2006⁶²⁹, tout en incitant le Ministère public à poursuivre les personnes physiques ayant commis une infraction intentionnelle pour le compte de la personne morale, a néanmoins affirmé qu'il fallait être plus conciliant envers les personnes physiques qui auraient agi dans les mêmes conditions mais qui auraient commis une infraction non intentionnelle ou une infraction de nature technique pour laquelle l'intention coupable peut résulter de la simple inobservation, en connaissance de cause, d'une réglementation particulière. Cela se rapproche de ce qui existe déjà en matière d'ententes et d'abus de positions dominantes⁶³⁰, où la responsabilité de la personne physique sera engagée si elle prend une part personnelle et déterminante dans la commission de l'infraction. La question de l'intention de l'auteur est ici déterminante⁶³¹.

178. Transition. La peine d'emprisonnement, tout en étant qualifiée de peine de référence, reste une peine d'exception tant par son contexte, que par son mode d'exécution ou encore de ses répercussions. Elle se présente clairement comme le châtiment ultime, la peine la plus sévère

⁶²⁸ Pour une critique de ce cumul de responsabilités, voir en particulier E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 690 et s. ; M.-L. Rassat, *Le Droit pénal*, Dalloz, coll. « CDD », 2005, p.124.

⁶²⁹ Circulaire Crim.-06-3/E8 du 13 février 2006 (v. H. Matsopoulou, « Généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales : présentation de la circulaire Crim-06-3 /E8 du 13 février 2006, *Rev. Sociétés* 2006, p.483 et s.).

⁶³⁰ C. com., art. L.420-6 : « Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en oeuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-2-2. »

⁶³¹ Sur la notion d'intention, v. not. V. Ferreira, *Essai sur l'intention coupable en droit pénal, Pour une théorie de l'intention dans l'action*, Thèse, dir. É. Verny, 2018.

qui ne pourra être prononcée que lorsqu'aucune autre sanction ne semble appropriée. Reste à connaître sa résonance en droit pénal des affaires, matière délictuelle particulière.

B. Le maintien persistant de la peine d'emprisonnement en matière contractuelle

179. Présentation. Le droit pénal des contrats peut se diviser en deux grandes catégories : le droit commun, hébergé par le Code pénal, et le droit spécial, au sein duquel se retrouvent le droit de la consommation ou encore le droit de la distribution, principales disciplines dans lesquelles une protection particulière de certains contractants est requise. Cette division au sein du droit pénal des contrats a des conséquences sur la peine d'emprisonnement. Tandis que cette dernière est présente de façon constante pour sanctionner les atteintes contractuelles sans qu'il existe une réelle remise en cause (1), l'emprisonnement suscite plus d'interrogations en droit pénal spécial des contrats, suivant en cela les discussions autour de la dépénalisation du droit des affaires (2).

1. La présence constante de la peine d'emprisonnement en droit commun

180. Les infractions « astucieuses ». Les principales infractions composant le droit pénal commun des contrats sont l'escroquerie⁶³², l'abus de confiance⁶³³ et l'abus d'ignorance ou de faiblesse. Les deux premières sont considérées comme des infractions voisines du vol et consistent donc en la protection des biens, tandis que la troisième est regardée comme une infraction contre les personnes, prévue par conséquent au sein du Livre II du Code pénal⁶³⁴. Ainsi que le fait remarquer Laurent Mucchielli dans *Sociologie de la délinquance*⁶³⁵, il s'agit ici en partie d'une délinquance en col blanc, qui s'avère être moins visible, moins réprimée, avec des

⁶³² C. pén., art. 313-1 et s.

⁶³³ C. pén., art. 314-1 et s.

⁶³⁴ C. pén., art. 223-15-2 et s.

⁶³⁵ L. Mucchielli, *Sociologie de la délinquance*, Armand Colin, coll. « Coursus », 2014, p.96.

auteurs qui possèdent des profils sociaux différents. Il s'agit aussi d'« infractions astucieuses »⁶³⁶, qui ont donc requis plus d'« intelligence » dans la préparation et la réalisation.

181. La peine d'emprisonnement pour l'escroquerie et l'abus de confiance. Le caractère astucieux de ces infractions explique pourquoi, au contraire du vol qui est puni, en l'absence de toute circonstance aggravante, d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 €, l'escroquerie est quant à elle punie de 5 ans et de 375 000€ d'amende, tandis que l'abus de confiance est puni de 3 ans d'emprisonnement et de 375 000€ d'amende. Si cette différence dans le quantum de la peine trouve certains détracteurs, d'autres approuvent ce choix, à l'instar de madame Michèle-Laure RASSAT qui estime « *qu'il serait injuste de punir le vol plus que l'escroquerie et l'abus de confiance, parce que les infractions violentes, dont le vol en l'occurrence, seraient le fait d'éléments défavorisés de la société alors que les infractions astucieuses, dont l'escroquerie et l'abus de confiance, seraient commises par des "cols blancs"* »⁶³⁷. Il est à noter que les peines d'emprisonnement peuvent être alourdies en cas de circonstances aggravantes, notamment lorsque la victime fait état d'une particulière vulnérabilité, l'emprisonnement encouru étant alors de sept ans⁶³⁸. Ces peines attestent d'une sévérité certaine à l'encontre de ces comportements portant atteinte aux biens.

182. Le maintien de la peine d'emprisonnement d'abus d'ignorance ou de faiblesse. Relativement à l'infraction d'abus d'ignorance ou de faiblesse, la peine d'emprisonnement prévue est de trois d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende. La peine d'emprisonnement est portée à 5 ans et la peine d'amende est doublée lorsqu'il s'agit d'un dirigeant de fait ou de droit d'un groupe tel qu'un mouvement sectaire. Cette infraction fit pourtant l'objet de discussions dans le cadre du Rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires⁶³⁹ car une infraction semblable aux conditions pourtant non identiques existait dans le Code de la consommation⁶⁴⁰, laquelle était punie de cinq ans d'emprisonnement et de 9 000 € d'amende, sanctions qui pouvaient être cumulables. Finalement, lors de l'adoption de la Loi sur la consommation de 2014, le choix fut fait de maintenir les deux incriminations dans leurs codes respectifs, tout en uniformisant leurs sanctions sur les peines prévues à l'article 223-15-2 du Code pénal, à savoir les trois ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende. Allant dans le sens

⁶³⁶ 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 *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1., *op. cit.*, p. 95 et s., spéc. p. 101.

⁶³⁷ M.-L. Rassat, *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2018, n°95.

⁶³⁸ *C. pén.*, art. 313-2, 4^o et *C. pén.* art. 314-2, 4^o.

⁶³⁹ J.-M. Coulon (dir.), *Rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p.41.

⁶⁴⁰ *C. consom.*, art. L. 122-8.

du Rapport Coulon, cette solution, qui confirme la fermeté recherchée à l'encontre de ces actes malveillants, maintenant une peine privative de liberté, tout en rendant leur cohérence à l'arsenal répressif.

La sévérité du législateur à l'égard de ces comportements, qui se traduit ici par des peines d'emprisonnement encourues relativement sévères, marque le souhait de protéger le contractant dans la phase de formation du contrat. Les actes sont d'une telle gravité et portent tellement atteinte à l'ordre public que le droit civil ne peut plus suffire. L'idéal d'équilibre contractuel n'est plus et le droit pénal doit intervenir en prévoyant la sanction pénale la plus symbolique qui existe dans son arsenal : la peine d'emprisonnement.

183. Transition. La nécessité du droit pénal en matière contractuelle et de la peine d'emprisonnement en particulier s'est imposée assez naturellement en droit spécial des contrats.

2. La présence prégnante de la peine d'emprisonnement en droit spécial

184. La peine d'emprisonnement nécessitée par une délinquance particulière. Face à une délinquance d'affaires très présente mais également mieux dissimulée que nombre d'autres infractions, la réponse législative qui s'est imposée pendant tout le vingtième siècle, et particulièrement après la seconde guerre mondiale, fut de tenter de réprimer ces actes en prévoyant des sanctions pénales sévères. Partant, le profil social différent des auteurs et l'astuce dont ils font preuve ne doivent pas cacher le fait que leurs comportements traduisent les mêmes motivations que les auteurs d'autres infractions jugées plus triviales⁶⁴¹ : « la loi du plus fort, la volonté de puissance et l'appât du gain »⁶⁴². De tels agissements ne sont pas toujours aisés à déceler et à dénoncer. Quelques uns sont révélés à l'occasion d'« affaires » dont la presse se fait l'écho, à l'instar du scandale de la viande de cheval au début des années 2010, qui a largement inspiré les débats conduisant à l'adoption de la Loi HAMON en 2014. C'est pour pallier cette difficulté d'identification des faits délictueux que le législateur choisit alors de pénaliser sévèrement les professionnels qui se rendraient coupables de ces faits délictueux, en instaurant particulièrement des peines d'emprisonnement relativement élevées, en vue de dissuader les auteurs d'y procéder. Comme en matière d'amende, il est question ici de mettre en place une

⁶⁴¹ Il peut s'agir ici de vols, de braquages...

⁶⁴² L. Mucchielli, *Sociologie de la délinquance*, *op. cit.*, p.96.

sanction assez forte pour que le profit soit annihilé par la sanction, dans le cadre d'un raisonnement de risque/profit. Cela se conjugue évidemment avec la volonté de répression de ces comportements nuisant à la protection des contractants et à l'économie de marché. La présence de la peine d'emprisonnement en droit économique est apparue de manière assez concomitante aux règles protectrices des contrats, puisque la loi sur les fraudes et falsifications de 1905 constituait finalement les préludes du droit pénal de la consommation⁶⁴³. Néanmoins, des voix se sont élevées à partir des années 1980, estimant que le droit pénal avait trop envahi le droit des affaires et que les peines prévues, dont la peine d'emprisonnement, nuisaient à la vie économique du marché, paralysant ses acteurs.

185. Une peine d'emprisonnement résistante face au mouvement de dépenalisation du droit des affaires. La volonté de dépenalisation du droit des affaires anime depuis de nombreuses années les débats doctrinaux et législatifs. De fait, des mouvements de dépenalisation se produisent au fil de certaines réformes législatives, la première remontant à l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de concurrence⁶⁴⁴. Lorsque le souhait de dépenalisation du droit des affaires et particulièrement du droit des contrats se fait jour, il ne s'agit jamais en réalité d'une dépenalisation totale. Ainsi que l'exprime le Rapport Coulon sur la dépenalisation de la vie des affaires⁶⁴⁵, les nombreux universitaires et parlementaires souhaitent le maintien du droit pénal pour les fraudes mais la dépenalisation de la violation des obligations formelles. Partant, le souhait de rompre avec la peine d'emprisonnement en droit pénal des contrats n'est pas total, puisque les fraudes, falsifications et autres escroqueries sont toutes punies de peines d'emprisonnement. Tout ce qui relève de pratiques frauduleuses, en droit pénal des affaires ou plus spécifiquement en droit de la consommation, doit continuer d'être sanctionné pénalement, particulièrement par des peines d'emprisonnement. À défaut, la confiance des contractants les plus vulnérables serait atteinte⁶⁴⁶. Le but de la dépenalisation souhaitée est seulement de pallier l'inefficacité de la sanction pénale et son inutilité formelle pour le Rapport COULON sur la dépenalisation de la vie des affaires⁶⁴⁷. Cependant, les hypothèses d'une diminution de la peine d'emprisonnement, voire de sa suppression furent rares

⁶⁴³ Ph. Conte, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* 2006, étude n°4.

⁶⁴⁴ Il est également possible de citer la loi NRE de 2001, qui procéda à des dépenalisations en droit des affaires. Cf. *supra*.

⁶⁴⁵ J.M. Coulon (prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport remis au garde des Sceaux, ministre de la Justice, 2008, p.12.

⁶⁴⁶ J.M. Coulon (prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p.22.

⁶⁴⁷ *ibid.*

dans le cadre de la répression des comportements relatifs à une relation contractuelle. Quelques cas ont pu être observés à la faveur de l'adoption de la Loi HAMON : outre celle liée à la volonté d'harmonisation de l'abus de faiblesse, l'article L.121-28 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à l'ordonnance du 14 mars 2016⁶⁴⁸ a procédé à une dépenalisation certaine puisque la sanction encourue dans le cadre du formalisme informatif en matière de contrat conclu pour démarchage n'est plus d'un an d'emprisonnement et de 3 750 € d'amende mais simplement d'une amende administrative. Cependant, la volonté de dépenalisation et d'un recours moindre à la peine d'emprisonnement ne signifient pas pour autant une diminution de la protection offerte aux contractants victimes. C'est précisément au regard du peu d'efficacité de ces peines d'emprisonnement et même du peu de prononcés de ces sanctions, annihilant la force normative de la règle de droit, que l'on a souhaité trouver une alternative permettant une meilleure protection. C'est ainsi par le biais d'un renforcement des sanctions pécuniaires et d'un transfert de compétences au profit des autorités administratives que l'efficacité de la règle peut parfois être atteinte.

186. La peine d'emprisonnement en droit de la consommation⁶⁴⁹. À l'exception des cas exceptionnels soulignés, les peines d'emprisonnement en droit de la consommation ont, à l'occasion de la réforme majeure du droit de la consommation de 2014, eu tendance à être maintenues, voire augmentées. Ainsi, la peine de deux ans d'emprisonnement sanctionnant les fraudes et falsifications est maintenue⁶⁵⁰. En outre, dorénavant, les peines d'amende et d'emprisonnement sont cumulables entre elles, renforçant l'aspect répressif de ces sanctions pénales. La peine de deux ans d'emprisonnement est également maintenue en matière de pratiques trompeuses et agressives⁶⁵¹. La sanction des comportements déloyaux passe aussi également par une aggravation de la peine, comme dans les ventes à la boule de neige dont la

⁶⁴⁸ Il s'agit ici de l'ancienne numérotation, antérieure à l'entrée en vigueur de l'Ordonnance de 2016 réorganisant le Code de la consommation.

⁶⁴⁹ Il est à noter que si le droit des pratiques restrictives de concurrence n'est pas exempt de sanctions pénales, il échappe relativement à la sanction de l'emprisonnement, le législateur lui préférant les sanctions pécuniaires, qui se manifestent par le biais de peines d'amende pénales, mais également dorénavant d'amendes administratives. C'est précisément le cas en matière de non-respect des règles d'établissement de la relation commerciale ou dans le cadre d'un manquement à l'obligation précontractuelle d'information.

⁶⁵⁰ C. consom., art. L. 441-1 et L.454-1.

⁶⁵¹ C. consom., art.L.132-2.

peine privative de liberté est doublée, passant d'un à deux ans, attestant la sévérité du législateur à l'égard des contractants ne respectant pas leurs obligations contractuelles.

Les atteintes au formalisme informatif ne sont pas non plus épargnées par la hausse du *quantum* de la peine d'emprisonnement encourue. La réglementation des contrats relatifs à l'achat d'or et de métaux précieux, qui fait ici son entrée dans le Code de la consommation⁶⁵² avec la loi HAMON du 17 mars 2014, instaure un triple système de sanctions civiles, administratives et pénales, ayant pour but de protéger le « *consommateur-vendeur* »⁶⁵³, en incitant le professionnel à garder une trace des échanges des métaux précieux. La peine d'emprisonnement encourue est également ici de deux ans⁶⁵⁴.

Enfin, le législateur tient à garantir le droit de rétractation des consommateurs dans un délai imparti. Outre le maintien de la peine d'un an d'emprisonnement encourue en cas du non-respect des règles relatives au délai de rétractation dans le cadre du démarchage à domicile⁶⁵⁵, la violation de ces règles dans le cadre de contrats conclus hors-établissement⁶⁵⁶ conduit à une peine privative de liberté encourue qui passe d'un à deux ans, cette sanction pouvant également se cumuler dorénavant avec la peine d'amende. La sanction est identique en présence du non-respect du délai de rétractation dans les contrats d'or et de métaux. Le maintien et l'aggravation des peines d'emprisonnement encourues en ce domaine montrent à quel point le législateur recherche la protection du consommateur, ce qui tend à renforcer l'efficacité du droit de la consommation en particulier et du droit économique en général. Les comportements cités ici ne sont pas les seuls pour lesquels les contractants malhonnêtes risquent d'être incarcérés. D'autres infractions peuvent être également citées, comme celles commises dans le cadre des contrats de courtage matrimonial, où des peines d'emprisonnement de cinq à sept ans sont encourues⁶⁵⁷.

⁶⁵² N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC* 2014, p.471.

⁶⁵³ C. consom., art. L.224-97 et s.

⁶⁵⁴ C. consom., art. L.242-36, sanctionnant le non-respect des articles L.224-97 et L.224-98 du même code, imposant la remise au client d'un exemplaire d'un contrat, qui doit être conforme à certaines règles, en matière d'achats de métaux précieux.

⁶⁵⁵ Le législateur suit en cela les conseils du rapport Coulon sur la dépénalisation du droit des affaires (p.41).

⁶⁵⁶ C. consom., art. L. 221-9 et L.221-10. Ces articles sont sanctionnés par l'article L. 242-5 du *Code de la consommation*, qui prévoit une peine d'emprisonnement de deux ans et une amende de 150 000 euros.

⁶⁵⁷ L'article 242-33 du Code de la consommation renvoie aux peines de l'escroquerie, prévues aux articles 313-1 à 313-3 du Code pénal.

Dès lors, un constat s'impose : la peine d'emprisonnement est loin d'être en recul en matière de droit de la consommation, et plus largement en droit économique. La protection des contractants semble devoir passer par une protection pénale de leurs intérêts en punissant leurs cocontractants malveillants d'une peine privative de liberté. Pourtant, au regard des critiques antérieures énoncées à l'égard de l'emprisonnement, on peut se demander pourquoi maintenir une telle sanction alors qu'il s'agit d'infractions pour lesquelles écarter l'auteur ne semble pas participer d'un impératif de sécurité majeure⁶⁵⁸. Il faut ici y voir une volonté de dissuasion évidente. La présence de la sanction d'emprisonnement tendrait à l'efficacité du droit de la consommation par la crainte qu'elle suscite envers les potentiels auteurs. De façon un peu plus pragmatique, si l'on se place dans une logique de politique publique, il serait également mal venu de faire disparaître cette peine, symbole s'il en est de l'arsenal répressif consumériste, sans que la société ne considère que la protection des consommateurs passerait au second plan. L'efficacité du droit des contrats est à ce prix.

187. Conclusion de section. Qu'il s'agisse de la peine d'amende ou de la peine d'emprisonnement, ces sanctions comme des peines de références en droit pénal, sont présentes de façon massive en droit des contrats. Elles symbolisent même la sanction non civile du contrat. L'emprisonnement est présent de manière constante et ne semble pas pouvoir être abandonné pour le moment ; il symbolise trop la protection nécessaire du contractant, particulièrement dans le cadre de la formation du contrat. Au contraire, l'amende apparaît comme la sanction non civile privilégiée du droit des contrats. Toutefois, le législateur ne s'est pas contenté d'élargir le champ d'application de l'amende pénale classique. Il choisit de pousser à son paroxysme l'idée de répression du lucre en introduisant un mécanisme de proportionnalité de l'amende, qui la fait correspondre au profit tiré de l'infraction. On parle alors directement d'amende proportionnelle. Par ailleurs, des sanctions de natures autres se font jour, à l'image de l'amende administrative, qui devient une sanction principale très ancrée en droit pénal spécial.

⁶⁵⁸ Tout en restant bien évidemment très relatif, il est plus compréhensible d'écarter de la société un auteur reconnu coupable d'atteintes à la personne plutôt qu'aux biens.

Section 2. L'apparition de peines principales dissuasives nouvelles

188. Présentation. Le législateur est toujours à la recherche de sanctions plus efficaces et effectives en matière économique contractuelle. Toutes les recherches relatives à la dépenalisation du droit des affaires et la multiplication des lois destinées à protéger le consommateur le démontrent amplement. Faisant preuve de toujours plus d'inventivité, le droit français va privilégier la sanction pécuniaire en la démultipliant. La répression pécuniaire non civile tient une place de plus en plus importante au sein de ces sanctions. La sanction pécuniaire va alors s'exprimer dans toute sa diversité en matière contractuelle, qu'il s'agisse de la sanction civile ou non. Pour reprendre une théorie bilbique selon laquelle ce qui a servi au péché devra servir au châtement, il faut que la sanction soit en corrélation avec l'infraction commise. La place qu'occupe actuellement la sanction pécuniaire au sein du droit économique est fondamentale. Le droit contractuel implique majoritairement des situations où la considération économique tient une place de choix (contrats onéreux) : en échange d'une prestation de services ou d'un bien, le contractant devra verser une contrepartie financière. Dès lors, le législateur prévoit de façon extensive de sanctionner les fautes contractuelles de façon économique, afin de préserver les contractants. Comme le fait remarquer Madame Joëlle SIMON⁶⁵⁹, « *le législateur ou l'administration ont intégré la dimension économique dans l'établissement de sanctions en droit des affaires. Cette spécificité s'exprime dans la nature même de la sanction qui atteint directement l'activité économique de la personne, soit dans le montant de celle-ci afin d'obtenir la pleine efficacité de ces sanctions* ».

En matière civile, on a pu observer dans les propos précédents le développement de l'amende civile, qui se présente comme un de ces nouveaux mécanismes pécuniaires sanctionneurs et qui constitue en réalité une sanction non civile. Aux côtés d'une amende pénale renouvelée par une mise en place d'une amende proportionnelle (I), des amendes innovantes sont venues récemment compléter l'arsenal répressif visant à punir le contractant fautif (II).

⁶⁵⁹ Joëlle Simon, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in Pierre Bézard, *Le juge et le droit de l'économie*, Petites affiches – Montchrestien, 2002, p.147 et s.

I. L'instauration de l'amende pénale proportionnelle.

189. L'amende proportionnelle, une amende pénale. Distinguer l'amende pénale classique de l'amende proportionnelle peut paraître de prime abord étonnant, car le seconde n'est en réalité qu'une modalité de fixation du taux de la peine de la première. Il s'agit bien d'une amende pénale. Pourtant, si la fonction dissuasive existe pour l'amende pénale classique, elle constitue l'essence même de l'amende proportionnelle, autrement appelée « sanction lucrative »⁶⁶⁰ ou « amende-profit »⁶⁶¹. Cette peine est résolument tournée vers la volonté de condamner le profit réalisé par l'infraction (A), dans une optique de protection de l'ordre public contractuel (B).

A. Une volonté affirmée de condamner le profit né de l'infraction

190. Prévenir la commission des fautes lucratives. Si « *la liberté n'a point d'autres bornes que l'honnêteté* »⁶⁶², celle de certains contractants peut paraître sans limites quand il s'agit de faire de bonnes affaires. La recherche du profit entretiendrait l'esprit vil du délinquant contractant, qui se positionnerait dans une stratégie de calcul du ratio coûts/avantages à la commission d'une infraction⁶⁶³, conduisant parfois à la commission d'une faute lucrative⁶⁶⁴. Cette dernière peut être définie comme « *une faute qui, malgré les dommages-intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calculés sur le préjudice subi par la victime – laisse à son auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il n'ait aucune raison de ne pas la commettre à nouveau* »⁶⁶⁵.

191. Champ d'application. Afin de se prémunir de tels comportements poussés par le lucre, le législateur a entrepris de renforcer les amendes pénales existantes en adaptant le « *quantum de la peine à certaines réalités concrètes* »⁶⁶⁶ par la création d'une amende proportionnelle « au bénéfice

⁶⁶⁰ Y. Picod, « Rapport de synthèse », *LPA* 27 juin 2014, p.36.

⁶⁶¹ Claude Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004, n°54, p.3.

⁶⁶² J.-J. Rousseau, *Julie ou la nouvelle Héloïse*, 1761.

⁶⁶³ Cl. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *op. cit.*

⁶⁶⁴ La répression de la faute lucrative connaît un regain d'intérêt croissant ces derniers temps, à l'aune des projets de réforme de la responsabilité civile. Le projet de réforme de la Responsabilité civile paru en mars 2017 prévoit en effet la sanction de la faute lucrative par une amende civile. Cf. ministère de la Justice, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017 ; V. également N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, thèse, Université Paris Descartes, 2015 ; Godefroy De Moncuit de Boiscuillé, *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020.

⁶⁶⁵ Sénat, « Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007 », *www.senat.fr*.

⁶⁶⁶ J.-Y. LASSALLE, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, v° « Amende pénale - Jour-amende », avril 2016 (actualisation Juillet 2019), spéc. n°32 et s.

réalisé par le coupable »⁶⁶⁷. Présentes depuis le début des années 70 en droit français pour quelques domaines spécifiques⁶⁶⁸, les amendes proportionnelles trouvent leur première application en droit de la consommation dans le domaine de la publicité, grâce à leur introduction par la Loi Royer de 1973⁶⁶⁹. Toutefois, ce n'est qu'à l'occasion de la récente réforme du droit de la consommation de 2014 que l'amende proportionnelle s'est réellement développée en droit économique contractuel, investissant ainsi le Code de la consommation et le Code de commerce⁶⁷⁰. Contrairement aux amendes pénales classiques, la proportionnalité de l'amende est réservée aux personnes morales, Monsieur Claude DUCOULOUX-FAVARD faisant opportunément remarquer à cet égard que « *les personnes physiques qui participent activement aux infractions, en tant qu'auteurs ou complices, opèrent souvent au profit de groupements personnifiés, notamment des sociétés qui sont les principales bénéficiaires des profits illicites. (...) L'équité commande donc que ce soit à l'encontre de ces dernières que soit prononcée une amende équivalente au profit ; d'autant qu'elles seules sont en mesure de les payer...* »⁶⁷¹. S'il faut répondre à la question : « *à qui profite le crime ?* »⁶⁷², l'évidence conduit à pointer la personne morale qui, en vue de réaliser les profits les plus élevés, passerait outre les réglementations consuméristes et concurrentielles.

192. Une volonté dissuasive assumée. Certain que l'amende proportionnelle peut jouer un rôle dissuasif dans la lutte contre les manquements contractuels et la délinquance d'affaires, le législateur veut lutter par son biais contre « *la séduction qu'exercent les comportements déviants* »⁶⁷³ et qui conduisent à un « *enrichissement indu, parfois ostentatoire [et qui devient] insupportable* »⁶⁷⁴ pour les contractants victimes. Cette répression comprend deux avantages principaux : d'une part, elle devrait conduire à une meilleure efficacité dissuasive de l'amende pénale, puisque la sanction se trouvera en meilleure adéquation avec les éventuels profits réalisés, neutralisant l'intérêt de

⁶⁶⁷ M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 4^e éd., 2017, p. 544, n°516.

⁶⁶⁸ Les amendes proportionnelles se retrouvent notamment en droit pénal des affaires et en droit douanier.

⁶⁶⁹ Il s'agissait alors de fixer l'amende à la moitié des dépenses publicitaires en cause dans le cadre de l'infraction de publicité trompeuse. Cf. C. DUCOULOUX-FAVARD, « L'amende en rapport avec le profit illicite », *op. cit.*

⁶⁷⁰ Malgré l'existence de l'amende proportionnelle dans certains textes du Code pénal, à l'image de ceux régissant le recel (C. pén., art. 321-3) ou le blanchiment (introduction par la L. n°96-392 du 13 mai 1996), elle reste absente des incriminations portant sur des manquements contractuels, tels que l'escroquerie ou l'abus de confiance. D'ailleurs, il faut préciser à ce propos que si la Loi du 17 mars 2014 a procédé à un alignement des sanctions pénales de l'abus de faiblesse du Code de la consommation sur celles encourues pour la même infraction au sein du Code pénal, l'inverse ne fut pas le cas. En effet, l'amende proportionnelle est bien prévue lorsque l'infraction d'abus de faiblesse revêt les atours consuméristes (C. consom., art. L.132-14) mais non quand il s'agit d'un abus de faiblesse « de droit commun » (C. pén. art. 223-15-2).

⁶⁷¹ C. DUCOULOUX-FAVARD, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *op. cit.*

⁶⁷² E. DREYER, « Le profit tiré de l'infraction », Dossier, *Gaz. Pal.* 2014. 1947 et s.

⁶⁷³ *Ibid.*

⁶⁷⁴ *Ibid.*

commettre l'infraction. D'autre part, si malgré tout, le contractant se rendait coupable des faits punis par une amende proportionnelle, la sévère répression qui en découlerait servirait de punition exemplaire pour l'auteur et d'avertissement pour tous les auteurs éventuels, remplissant une parfaite fonction éducative de la peine. Même s'il a pu être reproché à l'amende proportionnelle son rapprochement avec la confiscation⁶⁷⁵, cette sanction dispose de l'avantage considérable de valoriser la dimension économique du crime, en prenant en compte le profit illicite retiré par l'agent.

Toutefois, il convient, afin que l'amende proportionnelle⁶⁷⁶ soit réellement effective, de choisir une méthode de calcul pertinente.

B. Une méthode de calcul orientée vers la protection du marché

193. La nécessité d'une méthode de calcul pertinente. Très intéressante du point de vue de la protection de l'ordre public et des contractants victimes, la répression de cette faute lucrative permet d'annihiler complètement les profits engendrés par la commission d'une infraction pénale. La sanction pécuniaire doit alors être d'un montant tel que cela devrait dissuader l'auteur de passer à l'acte, l'espoir d'un profit réalisé devenant plus faible en comparaison des risques financiers encourus en cas de condamnation pénale. Il importe dès lors d'être judicieux dans le choix de l'assiette et du coefficient multiplicateur. Messieurs Frédéric STASIAK et Guillaume ROYER affirment à ce propos que « *pour qu'une amende tende vers l'efficacité, son assiette doit être suffisamment large afin d'empêcher toute captation, même partielle, par l'auteur de l'infraction, du profit illicite tiré de l'infraction* »⁶⁷⁷. En l'occurrence, la prise en compte de la proportionnalité dans le cadre de l'amende n'est pas soumise à un régime unique. Qu'il s'agisse du calcul de l'amende en fonction du profit réalisé⁶⁷⁸, « *de la gravité des faits reprochés, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné* » en droit de la concurrence, ou encore en fonction du chiffre d'affaires⁶⁷⁹ de la société, le choix de l'assiette est

⁶⁷⁵ Sur cette question, v. J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e édition, 2019, p.604-605, n°681.

⁶⁷⁶ L'amende proportionnelle se distingue du jour-amende, en ce que cette dernière s'attache aux ressources du condamné.

⁶⁷⁷ F. STASIAK et G. ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p.296

⁶⁷⁸ En droit boursier, par exemple, l'article L.465-1 et s. du Code monétaire et financier offre la possibilité au juge de prononcer une peine d'amende égale à dix fois le montant du profit réalisé.

⁶⁷⁹ Il faut ici préciser que depuis la Loi n°2001-420 du 15 mai 2001 sur les nouvelles régulations économiques, non seulement le taux de l'amende par rapport au chiffre d'affaires est passé de 5 à 10%, mais la base de calcul a également été modifiée. En effet, était auparavant pris en considération le chiffre d'affaires réalisé en France hors

multiple. En outre, le coefficient multiplicateur ou le pourcentage retenu pour le calcul sont également déterminants. En droit de la consommation, le taux souvent retenu est de 10% du chiffre d'affaires, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits⁶⁸⁰.

194. L'exigence d'une méthode de calcul en lien avec l'infraction commise. Le choix de la méthode de calcul ne doit pas être réalisé de façon aléatoire. En effet, le législateur avait tout d'abord cherché à insérer cette sanction en 2013, au sein de la loi n°2013-1117 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière, mais la disposition fut censurée par le Conseil constitutionnel. Ce dernier⁶⁸¹ estima en effet qu'il y avait une absence de lien entre la peine encourue et l'infraction commise, le *quantum* encouru étant fonction de l'assise financière de la personne morale condamnée et non par rapport aux faits reprochés. Pourtant, le Conseil constitutionnel avait admis en 2013 toujours l'admission de l'amende proportionnelle⁶⁸² en estimant qu'elle pouvait être fonction du chiffre d'affaires de la personne poursuivie, tant que cela conserve un lien avec l'infraction commise. La Loi HAMON du 17 mars 2014 relative au droit de la consommation⁶⁸³ parvint à s'inscrire dans cette voie en intégrant l'amende proportionnelle au sein de l'arsenal législatif qu'est le Droit de la Consommation⁶⁸⁴. Le choix de l'assiette, contesté devant le Conseil constitutionnel, fut déclaré conforme à la Constitution⁶⁸⁵ : les Sages affirment que bien qu'elles soient fixées en fonction du chiffre d'affaires, les amendes proportionnelles gardent un lien avec les infractions reprochées à la personne morale, ce qui exclut tout risque de disproportion et, plus largement, toute incompatibilité avec l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen⁶⁸⁶. Le lien

taxe lors du dernier exercice clos. Dorénavant, l'article L.464-2 du Code de commerce la base de calcul retenue est le chiffre d'affaires mondial consolidé, ce qui n'est pas sans susciter de nombreuses critiques, certains auteurs considérant que ce nouveau montant de référence est contraire aux principes de proportionnalité de la sanction et de personnalité des peines. Sur cette question, v. notamment Joëlle SIMON, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », *op. cit.*

⁶⁸⁰ À titre d'exemple, on peut citer l'article L.451-5 du Code de la consommation relatif aux falsifications.

⁶⁸¹ Cons. const. Déc. 4 décembre n°2013-679 DC (Décision CC du 4 décembre 2013 n°2013-679 DC ; E. BONIS-GARÇON, *Cahiers du conseil constitutionnel* 2014, n°43, p.152 ; *Dr. pén.*, chron. 3 n°10, obs. V. PELTIER.) et Cons. const. Déc. 29 décembre 2013 n°2013-685 DC. V. notamment : St. Detraz, « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », *in* Dossier « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133.

⁶⁸² Cons. const., déc. 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, Cah. Cons. const. 2014, n° 43, p. 152, obs. E. Bonis-Garçon, *Dr. pén.* 2014, chron. 3, n° 10, obs. V. Peltier.

⁶⁸³ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014, relative à la consommation : *JO* 18 mars 2014, p.5400.

⁶⁸⁴ *Ibid.*

⁶⁸⁵ Décision Cons. Const. 13 mars 2014, n°2014-690 DC, considérant n°86.

⁶⁸⁶ Év. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014, n°45, p. 169.

à l'infraction commise reste ici un élément primordial pour garantir la constitutionnalité de cette sanction.

195. Une amende proportionnelle favorable à la protection de l'Ordre public contractuel. Déclarée constitutionnelle, ce dérivé de l'amende pénale classique vient alors sanctionner de manière extensive les infractions à la loi consumériste, venant en renfort de l'amende pénale préexistante dans de nombreux domaines, comme les fraudes, les pratiques commerciales trompeuses ou agressives ou encore en cas d'abus de faiblesse. En choisissant de s'attaquer à « *l'esprit de lucre* »⁶⁸⁷, le législateur choisit de combattre les comportements portant atteinte « *à la structure même de la société civile [qui] ne peut donc être efficacement combattue que par une répression atteignant non seulement les auteurs du crime, mais ainsi l'économie criminelle et donc le profit illicite* »⁶⁸⁸. La décision de recourir à cette amende proportionnelle, dédiée à la lutte contre le profit illicite, participe ainsi de la protection de l'ordre public économique, et plus spécifiquement de l'ordre public contractuel, toute en valorisant la dimension économique du crime⁶⁸⁹. En renforçant l'effectivité de la sanction et son effet dissuasif, le législateur renforce la prise en considération du caractère dolosif de l'acte infractionnel et partant, la protection d'un équilibre des relations contractuelles et des droits des contractants plus faibles.

196. Transition. L'amende pénale est la sanction naturelle en droit économique contractuel. Choisie pour réprimer des faits commis en général dans l'esprit de lucre, son *quantum* varie selon la gravité du comportement réprimé. Le législateur, dans une optique d'effectivité et d'efficacité de la sanction, le législateur, au-delà de l'amende pénale classique, a diversifié les sanctions pécuniaires en développant l'amende proportionnelle, mais aussi, à ses côtés, l'amende administrative.

II. L'accroissement exponentiel de l'amende administrative

197. L'immixtion certaine de l'amende administrative en droit économique. La sanction non civile en matière contractuelle est en perpétuelle évolution. Il a déjà pu être constaté que le *quantum* de la peine avait été soumis à de nombreuses variations aux cours des

⁶⁸⁷ E. DREYER, « Le profit tiré de l'infraction », *op. cit.*

⁶⁸⁸ Claude Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *op. cit.*

⁶⁸⁹ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*

dernières années, dans l'optique d'obtenir une protection plus efficace du contrat et particulièrement du contractant victime. La force de la dissuasion résiderait ainsi dans des amendes élevées. Pour autant, le législateur ne s'est pas contenté d'une hausse du *quantum* des peines. Il s'est au contraire attaché, en parallèle, à la diversification de la sanction, procédant à la mise en place en matière contractuelle d'amendes de natures différentes. C'est ainsi que sont apparues les amendes administratives et, dans une moindre mesure, l'amende civile⁶⁹⁰. Cependant, alors que le champ d'application de cette dernière est assez restreint, celui de l'amende administrative s'est étendu de manière considérable à la faveur notamment de la réforme du Droit de la consommation de mars 2014 et de la loi EGALIM⁶⁹¹, renforçant ainsi le « *mouvement de publicisation du droit des relations commerciales* », comme le constate Monsieur Frédéric BUY⁶⁹². L'alternative offerte par l'amende administrative (A) est de plus en plus sollicitée, le législateur étant séduit par le particularisme de celle-ci (B).

A. L'alternative de l'amende administrative

198. Présentation. Certaines réformes législatives suscitent une vaste couverture médiatique, nourrissant de grands débats, que ce soit dans la sphère des médias ou dans celle des juristes, à l'instar de l'action de groupe⁶⁹³. D'autres, à l'opposé, s'invitent dans la loi française de manière beaucoup plus discrète. Néanmoins, ce silence relatif ne doit pas laisser supposer une importance moindre de ces réformes. L'instauration de l'amende administrative par la Loi HAMON de 2014 dans le cadre du droit de la consommation est de ces modifications législatives qui, ombragées par les réformes phares d'un texte, entrent en vigueur sans coup férir. La mise en place des amendes administratives en matière contractuelle par le biais de la loi HAMON a un but avoué : renforcer l'effectivité de la protection des contractants, et plus

⁶⁹⁰ Cf. *supra* n°123 et s.

⁶⁹¹ Loi n°2019-938 du 30 octobre 2018 pour l'équilibre des relations commerciales dans le secteur agricole et alimentaire et une alimentation saine, durable et accessible à tous.

⁶⁹² F. Buy, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.* 2019, p.1122.

⁶⁹³ Cf. *infra*, n°195 et s.

particulièrement, des consommateurs⁶⁹⁴. Pour y procéder, elle instaure des sanctions administratives dont il importe de souligner les caractéristiques (1), ainsi que son régime (2).

1. Caractéristiques de l'amende administrative

199. L'amende administrative, « reine des sanctions administratives ». À l'image de sa « sœur » l'amende pénale, l'amende administrative a pu être qualifiée de « *reine des sanctions administratives* » par Madame Mireille DELMAS-MARTY⁶⁹⁵, trônant au-dessus des autres sanctions pécuniaires existantes, telles que l'astreinte et la consignation, le non-versement ou la cessation d'aides financières publiques ou encore la répétition de ces aides lorsqu'elles ont déjà été accordées⁶⁹⁶. Relativement peu prévue avant la création des autorités administratives indépendantes, l'amende administrative a connu un premier essor dans les années 80, particulièrement avec l'instauration du Conseil de la concurrence⁶⁹⁷, afin de réguler une activité professionnelle en matière économique et financière⁶⁹⁸. Toutefois, en matière contractuelle, c'est la Loi HAMON qui va venir transcender le rôle de l'amende administrative en lui confiant un rôle majeur : protéger plus efficacement.

200. La protection du consommateur : le but affirmé. Son objectif est en effet très clair : le fait de confier une partie du contentieux au droit administratif est imprégné de la volonté de protection du consommateur. Que ce soit dans le cadre des relations professionnels/consommateurs ou des relations commerciales, les amendes administratives tendent toutes à garantir et à préserver les droits du contractant faible dans une société de consommation où les rapports de force sont déséquilibrés. Si le Gouvernement l'a vigoureusement mis en avant, affirmant que l'objectif de cette loi est de « *créer de nouveaux outils de régulation économique pour rééquilibrer les pouvoirs entre consommateurs et professionnels, rétablir une forme d'égalité des armes entre les acteurs économiques et agir sur les dépenses contraintes des Français pour libérer du revenu disponible* »⁶⁹⁹, le législateur l'a, quant à lui, directement inséré en toutes lettres au sein de

⁶⁹⁴ Exposé des motifs de la Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

⁶⁹⁵ M. Delmas-Marty, « Les problèmes juridiques et pratiques par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », *RID Pénal* 1988, p. 34

⁶⁹⁶ Henry-Michel CRUCIS et Ch. Testard, *Jurisclasser administratif*, « Fasc. 108-40 : Sanctions administratives », 29 oct. 2019 (MAJ sept. 2020), spéc. n°30.

⁶⁹⁷ Devenu l'Autorité de la Concurrence à l'occasion de l'entrée en vigueur de la loi de Modernisation de l'Économie du 4 août 2008.

⁶⁹⁸ Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration*, 1994, spéc. p. 44 et s.

⁶⁹⁹ <http://www.economie.gouv.fr/loi-consommation>.

cette loi du 17 mars 2014, intitulant le Titre V : « *Modernisation des moyens de contrôle de l'autorité administrative chargée de la protection du consommateur* ». Cette « *loi ambitieuse* »⁷⁰⁰, se propose donc, en amont de la réforme du droit des obligations qui aura lieu deux ans plus tard⁷⁰¹, de protéger le contractant faible, par une punition plus effective des fautes contractuelles. Car c'est bien la répression⁷⁰² qui est ici recherchée : l'amende administrative est instaurée pour garantir une protection effective du contractant faible, qu'il soit consommateur ou professionnel⁷⁰³ par un renforcement des règles punitives⁷⁰⁴.

201. Comblent les lacunes du droit pénal. Renforcer l'efficacité suppose qu'elle n'était pas satisfaisante par le passé. Or, la protection du droit de la Consommation passait jusqu'alors par deux canaux : le droit civil et le droit pénal. Si les lacunes du droit civil ont déjà pu être évoquées⁷⁰⁵, la sanction pénale a également soulevé de nombreux questionnements. Ainsi a-t-il pu être reproché deux défauts majeurs à la voie pénale : sa lourdeur, d'une part, conduisant *de facto* à son inefficacité d'autre part. Le constat de l'inefficacité du droit pénal à garantir parfaitement les droits du contractant n'est pas récente : le Rapport COULON relatif à la dépenalisation de la vie des affaires⁷⁰⁶ de 2008 faisait déjà cette observation⁷⁰⁷. Aucune évolution tangible n'ayant eu lieu dans l'intervalle, il n'est pas étonnant que, lors des discussions relatives à la Loi HAMON, ce constat d'échec relatif du droit pénal revint questionner les parlementaires⁷⁰⁸. Une étude d'impact⁷⁰⁹ fut même réalisée afin de s'en assurer⁷¹⁰. Il en résulta que le nombre de poursuites pénales était minime. Dès lors, à la suite de Madame Vanessa

⁷⁰⁰ Sabine BERNHEIM-DESVAUX, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation est publiée », *op. cit.*

⁷⁰¹ Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des obligations, *op. cit.*

⁷⁰² N. BONNEFOI, *Projet de loi relatif à la consommation*, Rapport législatif, 23 juillet 2013.

⁷⁰³ Dans le cadre des relations commerciales entre professionnels régies par le Code de commerce : art. L. 440-1 et s. du Code de commerce.

⁷⁰⁴ *Le Guide de légistique* proposé à l'attention des rédacteurs de textes sur le site Internet Légifrance affirme en effet que la sanction administrative est prononcée lorsque l'on recherche une visée punitive. Cette amende administrative à finalité punitive contient en son sein une fonction dissuasive indéniable.

⁷⁰⁵ Cf. *supra*, n°29 et s.

⁷⁰⁶ J.-M. COULON (Prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

⁷⁰⁷ Sur la relative inefficacité du droit pénal constatée en amont du Rapport COULON, v. notamment : Section du rapport et des études du Conseil d'État, *Études et documents*, n°35, Imprimerie nationale, 1984 ; Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation Française, coll. « Les Études du Conseil d'État », 1994, spéc. p.70 et s.

⁷⁰⁸ N. BONNEFOI, *Projet de loi relatif à la consommation*, Rapport législatif, 23 juillet 2013.

⁷⁰⁹ *Projet de Loi n°1015 relatif à la consommation*, Étude d'impact, 30 avril 2013, spéc. « ANNEXE 8 - Tableau des sanctions administratives créées par le projet de loi ».

⁷¹⁰ G. NOTTE, « Projet de loi relatif à la consommation », *JCP G* 2013, n°21.

VALETTE-ERCOLLE⁷¹¹, une interrogation s'impose : qu'en déduire ? Le faible nombre de poursuites pénales est-il dû à l'inefficacité du système ou, au contraire, à sa force dissuasive, qui jouerait pleinement son rôle ? Malheureusement, cette dernière lecture positive doit s'effacer face à la réalité de l'inefficacité du droit pénal pour sanctionner efficacement les manquements contractuels. En droit des relations commerciales notamment, a pu être constatée une large inapplication des sanctions pénales⁷¹², entraînant un sentiment d'insécurité juridique permanent pour les contractants, aucune répression effective ne pouvant leur être assurée. Ce constat est toujours d'actualité, le Rapport au Président de la République remis à l'occasion de l'adoption de la Loi EGalim du 30 octobre 2018 justifiant à son tour le choix de privilégier les sanctions administratives aux sanctions d'autres natures, notamment aux sanctions civiles⁷¹³, ce qui n'est pas toutefois sans susciter certaines interrogations⁷¹⁴, au regard de la lourdeur des procédures et, partant, d'une certaine inefficacité de ces dernières.

Il était alors urgent d'instaurer une répression véritable⁷¹⁵ en confiant une partie du contentieux aux autorités administratives. Toutefois, s'il ne faut pas dénier le fait que le recours aux amendes administratives entraîne, à tout le moins, un désengorgement des juridictions judiciaires, procédant alors à une « dépénalisation par vases communicants »⁷¹⁶, elle n'entraîne pas pour autant une dépénalisation totale du contentieux comme il a pu être constaté plus haut : les

⁷¹¹ V. VALETTE-ERCOLE, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépénalisation et pénalisation », *op. cit.*

⁷¹² Sur l'inapplication de la sanction pénale des articles L.441-6, L. 441-7 et L.443-1 du Code de commerce, v. notamment J.-H. ROBERT, « Juridictionnalisation administrative », *Dr. pénal* 2014, comm. 93 ; N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation, *RDC* 2014, p.471 ;

⁷¹³ Le Rapport au Président de la République remis à l'occasion de la publication de la loi « EGalim » du 30 octobre 2018 explique ainsi que : « pour être sanctionné, le défaut de communication des CGV nécessite donc la saisine des juridictions judiciaires et ainsi l'initiation d'un contentieux qui peut prendre plusieurs années d'abord devant le tribunal de commerce, puis la cour d'appel et parfois enfin devant la Cour de cassation. La saisine des juridictions judiciaires et l'initiation d'une procédure civile qui peut s'avérer longue et complexe ne sont pas justifiées pour des pratiques telles que le défaut de communication des CGV. Ainsi, dans un objectif de simplification, mais aussi de cohérence et d'efficacité (poursuite du mouvement de remplacement des sanctions pénales et civiles par des sanctions administratives entamé par la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation), l'ordonnance prévoit de remplacer la sanction civile par une sanction administrative de 15 000 € pour une personne physique et de 75 000 € pour une personne morale. L'autorité administrative chargée de la concurrence et de la consommation est l'autorité compétente pour prononcer cette amende. » V. L. Vogel et J. Vogel, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ Contrat* 2019, p. 208.

⁷¹⁴ V. not. L. Vogel et J. Vogel, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ Contrat* 2019, p. 208..

⁷¹⁵ J. Julien, « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *op. cit.*

⁷¹⁶ *Ibid.*

sanctions pénales non spécifiques continuent à s'appliquer, notamment, et ce n'est qu'un exemple, pour le délit de fraude ou les délits relatifs au prix⁷¹⁷.

202. Garantir l'efficacité en améliorant l'effectivité de de la sanction. Le recours aux sanctions administratives, encouragé par le Rapport Coulon, a alors été mis en place pour garantir une pleine efficacité⁷¹⁸ de la répression. De fait, on constate un renforcement des pouvoirs de sanction de l'administration⁷¹⁹, le but étant d'assurer l'effectivité de la règle de droit⁷²⁰. En effet, en comparaison avec les sanctions pénales, le recours à l'amende administrative, mis en œuvre par la DGCCRF, dispose d'avantages non négligeable. En ce sens, il faut tout d'abord mentionner que, si une procédure existe bien en amont du prononcé de la peine, celle-ci est allégée et ne nécessite notamment pas de saisine préalable d'un juge⁷²¹, ni de déclenchement de l'action publique. En outre, immédiatement applicable, l'amende administrative raccourcit le temps entre le constat d'un manquement et sa sanction⁷²², lui conférant plus de sens pour son auteur. De plus, l'effectivité de la répression administrative se manifeste par un meilleur dialogue entre l'autorité de contrôle et le contrevenant⁷²³, permettant ainsi une meilleure régulation et un meilleur contrepoids aux pouvoirs du professionnel⁷²⁴, qui se verrait infliger une sanction moins traumatisante et plus discrète⁷²⁵, comme le conseille le Guide de légistique⁷²⁶.

Les premiers retours de la mise en œuvre de cette sanction démontrent l'implication des agents de la DGCCRF pour rendre effectives ces règles. En effet, dans son Rapport d'activité de 2016⁷²⁷, la DGCCRF souligne qu'entre l'entrée en vigueur des dispositions relatives aux

⁷¹⁷ C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi HAMON », *RDC* 2014, p.456.

⁷¹⁸ La doctrine s'accorde à constater de façon unanime que l'objectif d'efficacité dans le choix de l'amende administrative est indéniable : Y. PICOD, « Rapport de synthèse », *LPA* 27 juin 2014, p.36 ;

⁷¹⁹ Commission des affaires économiques, ANNICK LE LOCH et PHILIPPE ARMAND MARTIN (présenté par), *Rapport d'information n°3104 sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, 13 octobre 2015.

⁷²⁰ L'effectivité du droit est définie par Monsieur LEROY comme : « la production, par la norme juridique, d'effets compatibles avec les finalités que celle-ci poursuit qu'il s'agisse d'effets concrets ou symboliques, d'effets juridiques ou extra-juridiques, désirés ou non, immédiats ou différés » ; Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société* 2011/3, n°79, p.715.

⁷²¹ J.-P. Leclerc, R. lexchez, N. Boulouis (Supervision), *Guide de légistique*, legifrance.gouv.fr.

⁷²² A. CASADO, « Les amendes administratives : un régime à construire », *Les Cahiers Sociaux* 2016, n°287, p. 394.

⁷²³ N. BONNEFOI, *Projet de loi relatif à la consommation*, Rapport législatif, 23 juillet 2013.

⁷²⁴ Y. PICOD, « Rapport de synthèse », *LPA* 27 juin 2014, p.36.

⁷²⁵ La discrétion assurée par le prononcé d'une amende administrative doit être fortement relativisé face à l'exigence de publicité accrue ces dernières années des sanctions administratives en droit de la distribution à la suite des lois Macron du 6 août 2015 et Sapin II du 9 décembre 2016. Cf. *infra*, n°249 et s.

⁷²⁶ J.-P. Leclerc, R. lexchez, N. Boulouis (Supervision), *Guide de légistique*, *op. cit.*

⁷²⁷ DGCCRF, *Rapport d'activité 2016*.

amendes administratives et le 31 décembre 2016, 4269 sanctions ont été prononcées, dont 3863 en droit de la consommation et 406 dans le cadre des pratiques restrictives de concurrence, pour un montant global de 19,6 millions d'euros. Cela prouve l'investissement de l'administration pour faire respecter les règles contractuelles par le biais de cette nouvelle sanction, démontrant une effectivité certaine. Cependant, ces chiffres sont à relativiser avec les retours d'expérience sur le terrain, puisqu'un entretien auprès des services de la DGCCRF d'Ille-et-Vilaine a permis de constater malgré des chiffres encourageants, les agents peinent, au niveau local, à faire prononcer autant de sanctions par rapport au nombre de comportements frauduleux.

203. La nature répressive de l'amende administrative. Si l'aspect pécuniaire de l'amende administrative est évident, la nature répressive a pu être un temps discutée. La question de la nature de l'amende administrative dépasse le seul cadre du domaine contractuel. En effet, comme évoqué précédemment, l'amende administrative existait préalablement à son insertion au sein du droit économique contractuel. Les juridictions ont donc déjà été amenées à statuer sur sa nature. Ainsi, le Conseil constitutionnel a estimé dès 1989 que la sanction administrative a le « caractère d'une punition »⁷²⁸. L'amende administrative, également présente au sein de droits étrangers comme aux Pays-Bas⁷²⁹ et en Italie⁷³⁰, est même considérée comme relevant de la matière pénale⁷³¹, au sens européen du terme, par la Cour européenne des Droits de l'Homme.

204. Transition. Pour efficaces qu'elles puissent être en théorie, les amendes administratives se révéleront inutiles si leur existence est contestée par les personnes qui y sont condamnées. C'est alors la question de la constitutionnalité de la règle qui se pose. Cela conduit indubitablement à se poser la question du régime applicable à l'amende administrative, sanction

⁷²⁸ Cons. Constitutionnel, 17 janvier 1989, n°88-248 DC, pouvoir de sanction du conseil de l'audiovisuel.

⁷²⁹ J.-M. COULON, *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

⁷³⁰ Une décision de la CJCE du 23 novembre 2006 valide le choix du recours à une amende administrative pour sanctionner un défaut d'étiquetage en matière de denrées alimentaires : CJCE, aff. N°C-315/05, Lidl Italia srl c/ Comune di Arcole du 23 novembre 2006 ; G. Raymond, « Le distributeur, en l'état, d'un produit fabriqué par un opérateur établi dans un autre État membre peut être déclaré responsable des infractions aux règles de l'étiquetage de ce produit », *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. 85.

⁷³¹ CEDH, 8 juin 1976, n° 5199/71, Engel et a. c/ Pays-Bas. – V. également CEDH, 10 févr. 2009, n° 14939/03, Zolotoukhine c/ Russie : D. 2009, p. 2014, note PRADEL. – V. JCl. Europe Traité, Fasc. 6526.

pécuniaire répressive et incluse dans la « *matière pénale* ». L'effectivité d'une sanction est indubitablement liée à sa constitutionnalité.

2. Régime de l'amende administrative

205. Le régime de l'amende administrative en question. L'entrée en vigueur des amendes administratives entraîne de fait un basculement d'une partie du contentieux contractuel des juridictions judiciaires aux juridictions administratives, malgré un amendement déposé dans le sens contraire au moment de l'étude de la Loi HAMON⁷³². En changeant de nature la sanction, cela induit consécutivement un changement d'autorité sanctionnatrice. Or, il s'agit ici de transformer une sanction civile ou pénale, donc jugée par des juridictions judiciaires, en une sanction administrative, prononcée par une autorité administrative. Ce changement de paradigme conduit à s'interroger sur le régime attaché à cette amende qui, même si elle réprime pour l'essentiel des infractions formelles, sanctionne parfois également des règles de fond⁷³³. Cela conduit particulièrement à des interrogations à l'égard des garanties attachées à la procédure⁷³⁴.

206. Régime de l'amende administrative. La nature répressive de l'amende administrative affirmée, l'application de règles propres à la matière pénale devait s'imposer. Il s'agit de respecter les principes de légalité des délits et des peines, de nécessité et de non-rétroactivité de la loi pénale plus sévère⁷³⁵, comme ont pu l'affirmer de nombreuses décisions du Conseil constitutionnel depuis 1989⁷³⁶. Quant au principe de proportionnalité des peines, il a pu soulever

⁷³² Sur cette question, v. notamment M.-C. DE MONTECLER, « Création de sanctions administratives en matière de consommation », *AJDA* 2014, p. 384.

⁷³³ Le Professeur Muriel CHAGNY constate ainsi qu'à l'occasion de l'application de l'article L.441-7 du Code de commerce, l'autorité administrative est amenée à statuer sur des règles de fond, conduisant à une immixtion du juge administratif dans les contrats des opérateurs privés. M. CHAGNY, « Dix ans de droit de la concurrence : rétrospectives et perspectives. Rapport introductif », *Contrats, conc., consom.* 2016, dossier 11. V. également sur cette question : Sénateur MARINI, *Rapport sur la modernisation du droit des sociétés*, 10 septembre 1996.

⁷³⁴ Le rapport COULON sur la dépenalisation de la vie des affaires s'interrogeait déjà sur les garanties procédurales attachées à la mise en œuvre de l'amende administrative : J.-M. Coulon (dir), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., spéc. p.29.

⁷³⁵ Sur cette question, v. notamment : Martine Behar-Touchais, « L'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive », *Revue des contrats*, p.536 ; M. Behar-Touchais, « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », *Concurrences* 2011, p.38.

⁷³⁶ Cons. const., 17 janv. 1989, no 88-248 DC, pouvoir de sanction du Conseil supérieur de l'audiovisuel – Cons. const., 28 juill. 1989, no 89-260 DC, pouvoir de sanction de la Commission des opérations de bourse ; pour des pénalités fiscales, v. Cons. const., 30 déc. 1987, no 87-237 DC ; 29 déc. 1989, no 89-268 DC ; 28 déc. 1990, no 90-285 DC ; 30 déc. 1997, no 97-395 DC ; v. pour des sanctions visant les étrangers, Cons. const., 25 févr. 1992, n°92-307 DC ; 13 août 1993, n°93-325 DC ; 22 avr. 1997, n°97-389 DC).

quelques craintes, surtout au regard des manquements sanctionnés à la fois pénalement et administrativement. Cette question fut transmise au contrôle du Conseil constitutionnel qui affirma dans sa décision du 13 mars 2014⁷³⁷ que sous réserve de l'application des mêmes règles de cumul applicables en droit pénal, à savoir la possibilité de cumul des amendes pénales et administratives dans la limite du maximum encouru, les amendes administratives prévues par la Loi HAMON n'étaient pas disproportionnées. La seule réserve du Conseil constitutionnel, soulevée aux considérants 74 et 75, relève de l'impossibilité de punir différemment des faits qualifiés de façon identique par deux textes d'incrimination⁷³⁸.

Concernant les principes directeurs procéduraux, le respect des droits de la défense, assorti d'un contradictoire doit être, au surplus, garanti. Le Conseil d'État⁷³⁹ l'a affirmé à propos d'une amende administrative prononcée par une AAI en 2007⁷⁴⁰. L'autorité sanctionnatrice doit respecter l'article 6-3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme et du Citoyen et il revient aux juridictions administratives de s'assurer du respect de ces principes, le contentieux leur étant confié. Au demeurant, les amendes administratives étant prononcées par les agents de la DGCCRF⁷⁴¹, le contentieux procède d'un recours pour excès de pouvoir devant les juridictions administratives⁷⁴². Le nécessaire respect des principes directeurs de droit pénal à l'amende administrative conduit à reconnaître à cette dernière une nature répressive. Le respect des droits de la défense et du principe de légalité sont autant d'éléments qui caractérisent la sanction pénale et qui vont devoir s'appliquer à l'amende administrative pour pouvoir être mise en œuvre.

207. Transition. L'introduction récente de l'amende administrative en droit économique contractuel a mené à des bouleversements certains. Pourtant, sans réaliser de véritable dépénalisation – tant les quantums, la nature et le régime imitent ceux de l'amende pénale – cette sanction parvient à rendre plus effectives les règles protectrices du contrat, ce qui permet

⁷³⁷ Décision Cons. Const. 13 mars 2014, n°2014-690 DC, spéc. considérant n°86.

⁷³⁸ Les articles L. 441-6 I et L. 441-6 VI punissaient en effet respectivement de 15 000 € d'amende pénale et de 75 000€ d'amende administrative pour les personnes physiques (375 000 € pour les personnes morales) les mêmes faits, à savoir le non-respect de délais de paiement dans certaines conditions. Le Conseil constitutionnel déclare donc inconstitutionnel l'article 123 de cette loi. V. E. BONIS-GARÇON ET V. PELTIER, « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *op. cit.* ; J.-H. ROBERT, « Juridictionnalisation administrative », *Dr. pénal* 2014, comm. 93.

⁷³⁹ CE 27 oct. 2006, Parent, Lebon 445 ; *AJDA* 2007, 80, note M. COLLET ; *D.* 2006, AJ 2792.

⁷⁴⁰ M.-T. Viel, « Errements des sanctions administratives », *AJDA* 2007, p.1006.

⁷⁴¹ Sur les détails liés à la procédure et leurs conséquences sur la protection des contractants, cf. *infra* n°504 et s.

⁷⁴² V. VALETTE-ERCOLE, « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépénalisation et pénalisation », *op. cit.*

la levée de doutes émis lors de son entrée en vigueur⁷⁴³. Le défaut majeur qui lui est opposé est surtout lié à la place de la victime directe de l'infraction, qui semble laissée de côté⁷⁴⁴, critique déjà soulignée par le Rapport Coulon en 2008⁷⁴⁵. L'amende administrative présente des particularités propres qui doivent être développées.

B. Le particularisme de l'amende administrative

208. Présentation. Afin de rendre effectif le droit économique contractuel, le législateur fait le choix d'une application élargie de l'amende administrative, dans deux catégories d'hypothèses très différentes et caractérisant en cela une dualité de son champ d'application. La modulation du *quantum* de la peine est en outre utilisée afin d'obtenir un meilleur respect des règles contractuelles (2).

1. La dualité du champ d'application

209. Dualité du champ d'application. La Loi du 17 mars 2014 a introduit l'amende administrative en vue de sanctionner deux comportements différents : tantôt elle va venir réprimer des atteintes à des manquements ou des obligations contractuelles, tantôt cette sanction pécuniaire va réprimer le défaut de respect des injonctions prononcées par la DGCCRF.

210. Une sanction prévue pour réprimer les manquements en droit de la consommation et de la concurrence. Le champ d'application de l'amende administrative semble à la fois restreint et étendu. Restreint, il l'est en premier lieu parce que l'amende administrative ne trouve pas sa place dans les infractions économiques traditionnelles, contenues dans le Code pénal. En effet, assez logiquement, nulle trace d'une éventuelle sanction de nature administrative ne se trouve pour punir l'escroquerie, l'abus de faiblesse, ou encore l'abus de confiance. Par conséquent, il faut en déduire que les sanctions administratives ne viennent réprimer que des comportements prévus par le droit spécial des contrats, à savoir en droit de la concurrence et en droit de la consommation. Le champ d'application est en second

⁷⁴³ Y. PICOD, « Rapport de synthèse », *op. cit.*

⁷⁴⁴ Sur cette question, v. *infra* n°506 et s.

⁷⁴⁵ J.-M. COULON (prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, p. 38.

lieu restreint car tous les domaines du droit spécial des contrats ne doivent pas être soumis au droit administratif. En particulier, le rapport COULON relatif à la dépénalisation du droit des affaires⁷⁴⁶ incitait à s'abstenir de dépénaliser ce qui relève de la sécurité et de la santé, ainsi que des pratiques commerciales agressives ou trompeuses, recommandations suivies en grande partie⁷⁴⁷. Les manquements aux conditions générales des contrats ne font pas non plus l'objet de sanctions administratives, à l'exception notable de celles relatives aux clauses abusives⁷⁴⁸. Parfois, certaines exclusions interrogent, comme en ce qui concerne l'absence de mentions obligatoires ou de dispositions sur les garanties des articles 215-1 et suivants, sanctionnés seulement de manière civile⁷⁴⁹.

En parallèle, le champ d'application de l'amende administrative s'avère également étendu, puisque, alors qu'elle était prévue de manière restrictive en droit de la concurrence jusqu'à alors, elle a intégré le droit économique de manière exponentielle par la Loi relative à la consommation du 17 mars 2014. Le droit de la consommation en fait application pour punir de nombreux comportements, tels que le défaut d'obligation générale d'information sur le prix de l'article L. 132-22 du Code de la consommation⁷⁵⁰, manquements en matière de publicités⁷⁵¹, manquements dans le cadre de contrats hors établissements⁷⁵², infractions sur les prix, manquements aux obligations d'information précontractuelle, violation de la réglementation des loteries⁷⁵³... La

⁷⁴⁶ J.-M. COULON (Prés.), *La dépénalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

⁷⁴⁷ S'il est vrai que seul le droit pénal est présent pour les pratiques commerciales déloyales l'abus de faiblesse ou les ventes à la boule de neige, il n'en reste pas moins que le législateur est passé outre ces recommandations en prévoyant pour certaines pratiques commerciales interdites des amendes administratives, comme le recours aux numéros surtaxés (C. consom., art. L. 132-21).

⁷⁴⁸ C. consom., art. L.212-1 et C. consom., L.241-2 al. 1^{er} : « Dans les contrats mentionnés à l'article L. 212-1, la présence d'une ou de plusieurs clauses abusives relevant du décret pris en application du quatrième alinéa de l'article L. 212-1 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. » L'article L.241-2-1 dispose quant à lui que « L'absence dans les documents contractuels remis aux consommateurs des mentions prévues à l'article L. 211-2 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 3 000 € pour une personne physique et 15 000 € pour une personne morale. Cette amende est prononcée dans les conditions prévues au chapitre II du titre II du livre V ».

⁷⁴⁹ S. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *op. cit.*

⁷⁵⁰ L'instauration de cette infraction était nécessaire pour faire suite à l'exigence de transposition de la Directive n°2011/83/UE. Toutefois, seul l'incrimination du comportement était prévue par le droit européen. Le législateur était donc libre du choix de la peine, qui s'est donc porté sur une sanction de nature administrative. Cf. C. Aubert de Vincelles, « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi HAMON », *RDC* 2014, p. 456.

⁷⁵¹ C. consom., art. L.132-24.

⁷⁵² Parmi les manquements sanctionnés : obligations relatives au démarchage téléphonique (C. consom., art. L. 242-12), l'obligation de prévoir un formulaire détachable de rétractation (C. consom., L.242-13) ...

⁷⁵³ C. consom., art. L.121-20 : « Dès lors qu'elles sont déloyales au sens de l'article L. 121-1, sont interdites les pratiques commerciales mises en œuvre par les professionnels à l'égard des consommateurs, sous la forme d'opérations promotionnelles tendant à l'attribution d'un gain ou d'un avantage de toute nature par la voie d'un tirage au sort, quelles qu'en soient les modalités, ou par l'intervention d'un élément aléatoire. »

loi Macron du 6 août 2015 a poursuivi l'entreprise initiée l'année précédente par le législateur en punissant de nouveaux comportements tout en les intégrant dans le Code de la consommation, comme l'information dans le cadre de l'activité de plateforme en ligne, ainsi que la configuration de site dans le cadre de l'activité de « *market place* »⁷⁵⁴. Plus récemment, la Loi Sapin II a également continué cette démarche en punissant notamment d'une amende administrative⁷⁵⁵ de 100 000 Euros « *la publicité, directe ou indirecte, adressée par voie électronique à des clients susceptibles d'être non professionnels, notamment des clients potentiels, relative à la fourniture de services d'investissement portant sur les contrats financiers définis à l'article L. 533-12-7 du code monétaire et financier* »⁷⁵⁶. Depuis 2014, le législateur ne manque aucune opportunité et complète au gré de chaque loi portant sur l'économie le Code de la consommation afin de renforcer la protection des contractants en prévoyant de nouvelles amendes administratives.

Quant au droit de la concurrence, il n'est pas en reste. Rassemblées au sein du Livre IV du Code de Commerce, les dispositions relatives notamment à la transparence et aux pratiques restrictives de concurrence sont désormais imprégnées de l'amende administrative. Le législateur, s'il a conservé la sanction pénale pour punir certains comportements, a amplement profité de l'instauration des nouveaux pouvoirs répressifs de la DGCCRF afin de dépénaliser des manquements en vue de l'administrativisation de la sanction⁷⁵⁷. Les récentes réformes, et particulièrement la réforme de 2018 par le biais de la Loi EGalim et ses ordonnances du 24 avril 2019⁷⁵⁸ en attestent. À l'issue de la refonte de l'ancien article L.442-6 du Code de commerce, l'article L.441-6 du Code de commerce dispose que « *tout manquement aux dispositions des articles L. 441-3 à L. 441-5 est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale* ». Le deuxième alinéa poursuit en

⁷⁵⁴ La peine d'amende encourue est alors identique à celle assortissant désormais le manquement à l'information pesant sur les sites comparateurs de prix, relevant au passage le quantum, à savoir 75 000 € pour les personnes physiques et 375 000 € pour les personnes morales. Avant cette réforme, la sanction était dans la fourchette basse, avec des montants de 3000 € pour les personnes physiques et de 15 000 € pour les personnes morales).

⁷⁵⁵ V. notamment : M.-E. BOURSIER, « Loi dite Sapin 2 : les professionnels de l'immobilier sont concernés », *JCP N* 2016, n°50, act. 1324.

⁷⁵⁶ *C. consom.*, art. L.221-16-1.

⁷⁵⁷ Des critiques et des appréhensions ont pu être formulées face à cette dépénalisation en vue d'une administrativisation de la sanction par une partie de la doctrine. V. notamment : M. CHAGNY, « Le droit (substantiel) des pratiques restrictives de concurrence s'invite dans la loi consommation (1^{re} partie) ... », *RTD com.* 2014, p.67.

⁷⁵⁸ Parmi les cinq ordonnances rendues le même jour pour faire suite à la Loi EGalim du 30 octobre 2018, deux d'entre elles sont venues particulièrement réformer le droit des pratiques restrictives et consacrer la place toujours plus prépondérante de l'amende administrative : l'Ordonnance n° 2019-358 du 24 avril 2019 relative à l'action en responsabilité pour prix abusivement bas et l'Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées.

disposant que « *le maximum de l'amende encourue est porté à 150 000 € pour une personne physique et 750 000 € pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision de sanction est devenue définitive.* ». Cet article vient donc sanctionner les manquements aux obligations de formalisme des contrats commerciaux⁷⁵⁹. En outre, à la suite de l'ordonnance n°2021859 du 30 juin 2021, entrée en vigueur le 1^{er} novembre 2021, le non-respect des délais de paiement « est passible d'une amende administrative dont le montant ne peut excéder 75 000 € pour une personne physique et deux millions d'euros pour une personne morale ». Ce maximum encouru est porté à 150 000 € pour une personne physique et 4 millions d'euros pour une personne morale en cas de réitération du manquement dans un délai de deux ans à compter de la date à laquelle la première décision est devenue définitive⁷⁶⁰. En pratique, un bilan de la DGCCRF montre qu'en 2019, 2 amendes administratives ont été notifiées pour un montant total de 19 000 €. La même année, trois amendes administratives d'un montant total d'environ 4 300 000 € ont été prononcées à l'encontre de trois enseignes de la grande distribution pour manquements à l'obligation de signature des conventions conclues avec les fournisseurs au plus tard le 1^{er} mars de l'année de leur application, sur le fondement de l'ancien article L.441-7 du Code de commerce, applicable au moment des faits. Si les amendes sont sévères, elles restent néanmoins très peu nombreuses, ce qui étonne et justifie peut-être le remaniement permanent de cette partie du Code de commerce. Toutefois, outre les manquements au formalisme, l'amende administrative vient également sanctionner les retards dans les délais de paiement. Le nombre de décisions est ici beaucoup plus élevé et les amendes prononcées moins lourdes, puisque 209 sanctions ont été prononcées, pour un montant total de 22,4 millions d'euros, ce qui fait une moyenne d'un peu plus de 107 000 € par amende prononcée⁷⁶¹.

Les montants des amendes encourus en matière administratives sont assez élevés, bien plus qu'en droit de la consommation, et la récidive peut voir les personnes morales condamnées à des amendes de plusieurs millions d'euros. Parfois, l'amende administrative, sans intégrer un nouvel article, étend en outre son emprise par l'élargissement des comportements réprimés par le texte incriminateur, à l'image de l'article L.441-8 du Code de commerce qui fut modifié par

⁷⁵⁹ C. com., art. L. 441-3

⁷⁶⁰ C. comm., art. L.441-16

⁷⁶¹ DGCCRF, *Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2019, 2020.*

l'article 33 de la Loi MACRON⁷⁶² ou encore par l'inclusion de nouvelles entreprises pouvant être condamnées⁷⁶³.

Si le champ d'application pourrait paraître limité au regard du nombre relativement restreint d'articles ici concernés, il faut toutefois tempérer ce constat par le nombre de contrats impliqués par ces textes. En effet, au regard du nombre de contrats de consommation et de distribution parmi l'ensemble des contrats conclus, le champ d'application de l'amende administrative s'avère proéminent, dominant les échanges. Enfin, il est permis de remarquer au gré de ces exemples que, même si la formation du contrat semble plus protégée par l'amende administrative que son exécution, il n'en reste pas moins que certaines dispositions viennent protéger le contractant après la conclusion du contrat, à l'image des règles relatives aux retards de paiement. Le champ d'application de l'amende administrative est donc finalement étendu en pratique, démontrant la confiance mise en cette sanction par le législateur pour garantir une protection effective de la relation contractuelle. Pourtant, cette présence n'est pas sans soulever quelques interrogations, puisque si le législateur assume parfaitement le recours à ces sanctions⁷⁶⁴, comme le soulignent certains membres de la doctrine⁷⁶⁵.

211. Les amendes prononcées à défaut de respect des injonctions prononcées par la DGCCRF. Qualifiées d'« *amendes administratives générales* » par Mesdames Carole AUBERT DE VINCELLES et Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD⁷⁶⁶, les amendes administratives étendent ici leur champ d'application d'une manière innovante. Jusqu'alors, les agents de la DGCCRF étaient dotés d'un pouvoir d'injonction⁷⁶⁷ envers les auteurs de manquements quand ils contrevenaient à certaines règles. Les agents administratifs pouvaient enjoindre les professionnels de se conformer à un certain nombre d'obligations, cesser tout agissement illicite ou même supprimer toute clause jugée illicite. Conçus comme des avertissements, ces injonctions possèdent l'avantage de tendre à l'élimination des manquements contractuels avant

⁷⁶² M. PLANKENSTEINER et E. CROQUER, « Les relations commerciales après la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », *LPA* 04 nov. 2015, p.4.

⁷⁶³ Depuis l'entrée en vigueur de la loi Macron, la DGCCRF est également compétente pour contrôler le respect des délais de paiement dans les entreprises publiques. Début 2017, une procédure était en cours à l'égard d'une d'entre elles.

⁷⁶⁴ Qu'il s'agisse des dernières réformes consuméristes ou concurrentielles, le législateur affirme et assume son choix d'un recours toujours plus étendu aux sanctions administratives : v. notamment Rapport au Président de la République, Loi du 17 mars 2014.

⁷⁶⁵ VOGEL Louis et VOGEL Joseph, *La rupture brutale de relations commerciales établies*, Laxwlex/Bruylant, 2016.

⁷⁶⁶ C. AUBERT DE VINCELLES ET N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

⁷⁶⁷ Sur le détail de la procédure d'injonction, cf. *infra*, n°494 et s.

tout jugement ou condamnation, tout en rétablissant le dialogue avec les contractants fautifs. Cependant, si ces derniers décidaient d'ignorer les injonctions effectuées à leur encontre, la seule perspective envisageable était la saisine des juridictions civiles ou pénales, entraînant de façon assez certaine des longueurs procédurales et un enlisement de la situation contractuelle, nuisant non seulement au contractant victime mais également, de façon plus large, à la régulation du marché.

Prenant en compte les différents reproches soulevés à l'encontre de cette mesure incitative, la Loi du 17 mars 2014 relative à la consommation confère un nouveau pouvoir d'infliction d'amendes administratives : à défaut de respect des injonctions prononcées par les agents de la DGCCRF dans un délai raisonnable, ces derniers peuvent prononcer à l'encontre de l'auteur, du manquement une telle sanction. Il ne s'agit pas d'une sanction automatique, puisque le texte précise que l'autorité administrative dispose d'une simple possibilité d'infliger une amende administrative en cas de non-respect de l'injonction. Néanmoins, si le champ d'action des agents de la DGCCRF a été considérablement élargi pour le prononcé des injonctions⁷⁶⁸, celui des amendes sanctionnant leur non-respect est limité aux injonctions faisant suite à des manquements punis d'amendes administratives et/ou de sanctions pénales. Par conséquent, ne peuvent être punis d'une amende les auteurs de comportements ayant fait l'objet d'injonctions mais dont les manquements ne sont sanctionnés que civilement⁷⁶⁹.

Enfin, l'ordonnance n°2017-303 du 9 mars 2017 a mis en place à l'article L.470-1 du Code de commerce une procédure d'injonction en cas de manquement aux obligations prévues aux articles IV du livre IV du Code de commerce. Comme en droit de la consommation, après une procédure contradictoire, la DGCCRF peut enjoindre tout professionnel de se conformer à ses obligations, de cesser tout agissement illicite ou de supprimer une clause illicite, en lui laissant toutefois un délai raisonnable pour s'y conformer. S'il n'y procède pas, il pourra être condamné au versement d'une amende administrative. La Loi n° 2020-1508, 3 déc. 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite loi DDADUE, vient accorder de nouveaux pouvoirs d'injonction à la DGCCRF en

⁷⁶⁸ Les pouvoirs d'injonctions sont considérablement élargis par la Loi HAMON et concernent dorénavant tant les obligations générales d'informations précontractuelles, que les conditions générales de contrats, les règles relatives à la garantie de conformité, les contrats réglementés à raison de leur contexte ou de leur objet, les contrats de foires et salon, les règles relatives aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers, ou encore les pratiques trompeuses ou agressives.

⁷⁶⁹ Il s'agit notamment des manquements aux conditions générales des contrats autres que les clauses abusives ou encore les pratiques déloyales sur le fondement de critères généraux.

étendant son domaine d'application à tous les manquements au règlement UE n°2019/1150 du Parlement européen et du Conseil du 20 juin 2019 promouvant l'équité et la transparence pour les entreprises utilisatrices de services d'intermédiation en ligne. En outre, cette Loi DDADUE est allée encore un peu plus en création une procédure d'astreinte applicable pour l'ensemble des pratiques restrictives de concurrence⁷⁷⁰.

212. Transition. Ces propos démontrent la force de plus en plus importante de l'administration dans le prononcé des sanctions. Face à un champ d'application de l'amende administrative élargi, le quantum des peines a une importance particulière pour renforcer l'effectivité de la sanction.

2. Une échelle des peines différenciée

213. Quantum à géométrie variable des amendes administratives. La question du *quantum* de l'amende administrative nécessite de reprendre la distinction précédente entre les sanctions réprimant les manquements aux règles prévues par le Code de la consommation et le Code de commerce d'une part et celles réprimant le non-respect des injonctions de l'administration d'autre part.

214. Des amendes peu élevées à la suite de la violation d'une injonction administrative. En cas de non-respect du devoir d'injonction des agents de la DGCCRF, l'amende administrative reste relativement faible. L'article 532-1 du Code de la consommation prévoit que le maximum encouru ici est de 1500 ou 3000 € pour une personne physique et 3000 ou 15 000 € pour les personnes morales, selon le montant encouru en cas d'infraction ou de manquement ayant justifié l'injonction.

215. Des taux variés en matière consumériste. Le droit de la consommation intègre de façon *a priori* assez modérée l'amende administrative en prévoyant des taux relativement

⁷⁷⁰ C. com., art. L.470-1 III.

modiques en comparaison avec la plupart des amendes administratives ; toutefois, le quantum varie en fonction des faits reprochés.

Certains comportements répréhensibles font l'objet d'amendes administratives assez faibles, comme la présence de clauses abusives appartenant à la liste noire dans des contrats. En pareille situation, l'amende est de 3 000 € pour une personne physique et de 15 000 € pour une personne morale⁷⁷¹. On retrouve par exemple ce même quantum pour sanctionner les manquements relatifs aux garanties commerciales⁷⁷², aux prestations de services après-vente⁷⁷³, aux règles d'information précontractuelle⁷⁷⁴ ou encore un défaut d'information sur la durée de la disponibilité des pièces détachées⁷⁷⁵. Le taux de l'amende peut également être de 15 000 € pour une personne physique, le quantum étant, là encore, à l'image du système existant en matière pénale, multiplié par cinq⁷⁷⁶. Parfois, les amendes seront plus élevées, pouvant atteindre 75 000 € pour une personne physique et 375 000 € pour une personne morale. Ainsi en est-il de celles qui répriment les manquements aux obligations d'information dans le cadre des sites de comparaisons de prix en ligne⁷⁷⁷.

Ces montants apparaissent assez raisonnables. Toutefois, il ne faut pas oublier que, par comparaison aux amendes contraventionnelles, les amendes administratives les plus faibles, c'est-à-dire celles où le taux maximum est de 3 000€ pour les personnes physiques, ne sont pas soumises aux règles de cumul rappelées par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2014 relative à la Loi HAMON⁷⁷⁸ et peuvent donc se multiplier par l'ensemble des contrats conclus par le professionnel. S'agissant de contrats de consommation souvent conclus à grande échelle, les conséquences financières peuvent donc se révéler très importantes pour le contrevenant.

216. Les pratiques restrictives de concurrence, sujettes à des *quantums* de peines élevés. Le droit de la distribution fait quant à lui l'objet d'amendes administratives plus élevées, ce qui se justifie aisément par des enjeux économiques autrement plus importants, au moins

⁷⁷¹ Linda ARCELIN, « L'adaptabilité du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJCA* 2016, p.338.

⁷⁷² C. consom., art. L.241-6.

⁷⁷³ C. consom., art. L.241-7.

⁷⁷⁴ C. consom., art. L.131-1.

⁷⁷⁵ C. consom., art. L. 131-2.

⁷⁷⁶ C'est notamment le cas pour les publicités portant sur des opérations commerciales réglementées (C. consom., art. L.132-24) ou pour le non-respect des conditions d'exercice du droit de rétractation du consommateur et de ses effets (C. consom., art L. 242-13).

⁷⁷⁷ C. consom., art. L.131-3.

⁷⁷⁸ Cf. *Infra*, n°390

dans les montants des transactions. Ainsi, si la loi du 17 mars 2014 a introduit des amendes dont le maximum était 75 000€ pour les personnes physiques et de 375 000 € pour les personnes morales, le montant des peines infligées à ces dernières s'est parfois considérablement accru.

L'exemple de la sanction du respect des délais de paiement de l'article L.441-10 du code de commerce est particulièrement intéressant à cet égard. Il démontre en effet démontre l'attachement croissant du législateur à l'amende administrative pour réguler les relations économiques et ainsi protéger les contractants les plus faibles. En 2014, l'amende introduite pour sanctionner le non-respect des délais de paiement était de 75 000 € pour les personnes physiques et de 375 000 € pour les personnes morales. À la suite de la mise en application de ces dispositions, un premier bilan a été dressé en novembre 2015, faisant état de 186 procédures lancées pour 2 249 entreprises contrôlées. Sur ce nombre, 110 sanctions ont été prononcées, pour un montant total atteignant 3,5 millions d'euros au total⁷⁷⁹. Ce constat était plutôt satisfaisant, révélant que l'objectif d'effectivité de la norme et de sa sanction était en bonne voie de réalisation.

Cependant, le Gouvernement a décidé de porter le plafond de l'amende à 2 millions d'euros pour les personnes morales⁷⁸⁰, sanction qui pourra être prononcée de façon cumulative lorsque les entreprises auteurs auront commis de multiples manquements⁷⁸¹. La loi Sapin II du 9 décembre 2016 est venue consacrer cette évolution, modifiant par là-même les articles L. 441-6 et L.441-6-1 du Code de commerce. Au travers de cet exemple des délais de paiement, le constat d'un intérêt constant pour l'amende administrative afin de protéger les contractants est révélé.

Le principe de proportionnalité s'applique également en matière d'amende administrative pour la répression de certains comportements. L'article L.464-2 du Code de commerce en est un exemple topique, puisqu'il prévoit que le taux de cette amende peut atteindre 10% du chiffre d'affaires mondial hors taxe le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre ». Cette sanction, pouvant être prononcée par l'Autorité de la Concurrence, démontre une nouvelle fois la troublante proximité entre l'amende pénale et sa petite sœur, l'amende administrative. Seule l'autorité

⁷⁷⁹ Ministère de l'Économie, de l'industrie et du numérique, *Réduire les délais de paiement*, Conférence de presse, 23 novembre 2016.

⁷⁸⁰ Le montant de 75 000 € prévu initialement est maintenu pour les personnes physiques.

⁷⁸¹ Sur la question du cumul, cf. *infra*, n° 390 et s.

sanctionnatrice semble encore distinguer l'une de l'autre, tant leurs particularités se recourent sur de nombreux points.

217. Conclusion du chapitre. La diversification progressive de la sanction répressive, entre sanctions classiques telles que l'emprisonnement et l'amende pénale, et nouvelles sanctions prévues ces dernières années par le législateur (amende proportionnelle, amende administrative) montre leur importance au sein du droit économique contractuel. Si l'emprisonnement est maintenu, il est utilisé aujourd'hui avec plus de parcimonie, tandis que la sanction pécuniaire s'est renouvelée pour réprimer toujours plus les auteurs de manquements. Le recours toujours plus conséquent à la sanction répressive, que ce soit au regard des comportements visés que par le *quantum* de la sanction pouvant être prononcé, montrent combien elle est devenue la sanction majeure en droit économique. Traduisant la logique de profit émanant de la plupart des comportements malveillants commis en matière contractuelle, elle transcende les disciplines, même si cette présence multiple n'est pas sans soulever quelques difficultés, notamment au regard de leur cumul éventuel⁷⁸².

Pour autant, la nécessité de composer avec une protection toujours plus effective du contractant et une meilleure efficacité du droit des contrats a conduit le législateur à diversifier les sanctions non civiles du contrat. D'inspirations variées, elles ont pour point commun de permettre une meilleure personnalisation de la sanction en ciblant de façon plus efficace la répression adéquate en vue de dissuader et d'amender le contractant indélicat, qu'il s'agisse d'une personne physique ou d'une personne morale.

⁷⁸² Cf. infra.

Chapitre 2. La diversification des sanctions non civiles secondaires

218. La diversification de la sanction du contrat. À la faveur d'un colloque sur la sanction en 2013⁷⁸³, Monsieur Jean-Marie DELARUE s'interrogeait sur la signification de « *l'efficacité de la sanction* » et de son sens. Monsieur Laurent LE MESLE, actuel Premier avocat général de la Cour de cassation, y apporta une réponse intéressante, affirmant que la diversification et l'augmentation « *du nombre d'infractions se sont traduites par l'apparition d'un droit pénal spécialisé avec des peines correspondantes* ». Il poursuivit : « *on préfère répondre à tout et diversifier la réponse pour l'adapter à la diversité des comportements et à la différence de gravité de ces comportements* »⁷⁸⁴. Même si ces propos ont été tenus sur la sanction en général, ils s'appliquent parfaitement au droit économique contractuel.

Ces dernières années, la sanction est devenue une actrice de tout premier plan dans la quête de protection de l'ordre public contractuel. Tandis que par le passé, le législateur y procédait surtout par l'augmentation de comportements incriminés, le choix a été fait de renforcer de façon conséquente le rôle joué par le châtement en diversifiant l'offre de sanction. La connexion entre le comportement fautif et la sanction doit être poursuivie, en plus de ce qui est déjà réalisé en matière pécuniaire. Pour Monsieur Jacques PETIT, ce lien « *renvoie à l'idée très classique du droit pénal du lien entre la nature de l'infraction, le contenu de l'infraction et la nature de la peine. Il faut être puni par où l'on a pêché. C'est l'un des principes énoncés par Beccaria. Sur ce point, il lui semble que la répression administrative obéit à une logique très classique en droit répressif* »⁷⁸⁵. L'amende et l'emprisonnement, peines de références, sont indissociables aujourd'hui du droit économique contractuel. Toutefois, il faut également compter sur une diversification des sanctions, qui permettent une personnalisation et une adaptation encore plus fine de la sanction à son auteur, notamment en

⁷⁸³ J.-M. Delarue, « Première table ronde – la sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – convergences et spécificités », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, coll. « Droits et débats », 2014, p. 49 et s.

⁷⁸⁴ L. Le Mesle, « Première table ronde – la sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – convergences et spécificités », *op. cit.*, p. 50.

⁷⁸⁵ J. Petit, « Première table ronde – la sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – convergences et spécificités » *op. cit.*, p. 51.

considération du fait commis. La sanction non civile a donc recours aux peines complémentaires et, plus largement, aux peines secondaires.

Ces peines secondaires sont intéressantes à de nombreux égards. Variées, elles n'en demeurent pas moins communes par leurs conditions de mise en œuvre et leur régime. Des problématiques communes innervent leur application, conditionnant leur pleine efficacité (Section 1). La grande diversité de ces sanctions complémentaires, sorte de « *melting pot* » de sanctions qui peuvent être prononcées que ce soit à l'encontre des personnes physiques ou des personnes morales, dévoile la volonté de réprimer les manquements contractuels de la façon la plus opportune possible (Section 2).

Section 1. Les problématiques communes aux peines secondaires applicables en matière contractuelle.

219. L'éventail des peines secondaires. Tout comme les peines principales, les peines secondaires occupent une place centrale dans l'arsenal répressif des infractions contractuelles. Qu'il s'agisse des infractions présentes dans le Code pénal (comme l'escroquerie, l'abus de faiblesse ou encore l'abus de confiance) ou dans le droit spécial (Code de la consommation, Code de commerce), les peines secondaires viennent de façon de plus en plus systématique renforcer la répression de la législation contractuelle. Cette diversité des peines secondaires est orientée vers une meilleure protection (I), laquelle doit se poursuivre par un encadrement de leur prononcé (II).

I. L'existence de peines secondaires multiples au service d'une meilleure protection

220. Présentation. Les peines secondaires, attractives par les fonctions qu'elles sont appelées à remplir (B), ont conduit le législateur à y recourir de façon systématique. Cet appel de plus en plus fréquent à ces sanctions nécessite de délimiter clairement leur étendue. Si l'on parle

habituellement de peines complémentaires, il s'agit en réalité de peines secondaires, d'acceptation plus large (A).

A. Le recours étendu aux sanctions secondaires

221. Présentation. Les peines secondaires présentent une grande diversité, ce qui permet une délimitation extensive de cette notion (1). Le droit économique contractuel s'empare avec ferveur de ces sanctions et favorise leur systématisation (2).

1. La délimitation extensive des peines secondaires

222. Peines secondaires – peines complémentaires. Les peines secondaires s'entendent d'emblée des peines complémentaires. On peut définir la peine complémentaire comme celle « qui peut s'ajouter à la peine principale lorsque la loi l'a prévue et que le juge la prononce »⁷⁸⁶. Obligatoire ou facultative⁷⁸⁷, elle est rarement évoquée au singulier. De fait, on parle de façon commune « des » peines complémentaires, conditionnant une étude globale de ces dernières, notamment dans le régime qu'on leur applique. Ces peines, comme leur nom l'indique, viennent compléter le dispositif pénal en s'ajoutant aux « *peines principales de référence* »⁷⁸⁸, que sont les peines privatives de liberté et les peines d'amende. Si elles ne peuvent être prévues par le législateur en l'absence de ces peines principales, puisqu'elles viennent les compléter, elles peuvent néanmoins venir s'y substituer⁷⁸⁹. Ces peines se distinguent aussi en principe⁷⁹⁰ des peines accessoires qui accompagnent nécessairement la peine en cas de condamnation de l'auteur, sans qu'il ne soit possible de l'exempter ou simplement de les moduler.

223. La problématique des peines supplémentaires. À l'étude de ces peines, concernant majoritairement les personnes physiques, s'ajoutera ici l'étude d'autres peines, en particulier celles prévues aux articles 131-39 et suivants du Code pénal. Destinées à la répression des personnes morales en matière criminelle et délictuelle, elles ne disposent pas *a priori* de la qualité

⁷⁸⁶ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd. MAJ., 2020.

⁷⁸⁷ Le principe est l'aspect facultatif de la peine complémentaire. Toutefois, elle se révèle parfois encore obligatoire.

⁷⁸⁸ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e éd., 2021, n°1342.

⁷⁸⁹ Cf. *infra*, n°244 et s.

⁷⁹⁰ Il existe deux types de peines complémentaires : les peines complémentaires obligatoires et les peines complémentaires facultatives. Néanmoins, il apparaît que les premières sont beaucoup plus fréquentes que les secondes, surtout en matière d'infractions contractuelles.

de « peines complémentaires », le législateur ne les ayant pas qualifiées comme telles⁷⁹¹, alors qu'il dispose expressément à l'article 131-43 du même code que ces peines complémentaires existent en matière contraventionnelle : les peines visées aux articles L.131-39 et suivants doivent donc être considérées comme peines principales. Néanmoins, la proximité des peines prévues au sein de ces articles avec les peines complémentaires est flagrante⁷⁹², à tel point que certains auteurs n'hésitent pas à les qualifier de telles, comme Monsieur Yves PICOD et Madame Nathalie PICOD dans leur manuel de droit de la consommation⁷⁹³. Dans une première lecture, ils semblent pourtant isolés dans cette démarche, la majorité de la doctrine tendant à considérer qu'il n'existe que des peines complémentaires contraventionnelles⁷⁹⁴. Cependant, cette affirmation doit immédiatement être tempérée. La lecture n'est pas si aisée qu'il n'y paraît. Si Mesdames Evelyne BONIS-GARÇON et Virginie PELTIER, affirment sans détour que les peines complémentaires pour les personnes morales n'existent qu'en matière contraventionnelle, elles conviennent que la tâche se complique dès lors qu'il s'agit de qualifier les peines de l'article 131-39, affirmant même que « *le Code pénal ne prendrait donc pas parti sur le statut de ces peines* »⁷⁹⁵. De plus, Messieurs Frédéric DESPORTES et François LE GUNEHEC constatent quant à eux que dans les livres spéciaux du Code pénal, le législateur classe encore sous des rubriques « *“peines complémentaires” celles des peines qui n'étaient pas comprises dans la liste de l'article 131-39 du Code pénal* »⁷⁹⁶. Au surplus, il faut ajouter que le Code pénal comprend parfois même directement ces peines comme complémentaires : preuve en est la section IV du chapitre IV dédié aux atteintes à l'action en justice. Cette section IV est consacrée aux « *peines complémentaires et responsabilité des*

⁷⁹¹ Il est toutefois à noter qu'à la fin de l'article L.131-19 du Code pénal, après avoir énoncé de nombreuses peines sans les qualifier, il évoque une nouvelle fois la confiscation en précisant : « *La peine complémentaire de confiscation 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, à l'exception des délits de presse.* ». On peut donc considérer qu'il sous-entend que toutes les sanctions prononcées sont des peines complémentaires.

⁷⁹² Ces peines prévoient également des interdictions, déchéances, incapacités, obligations d'affichage ou de publication, etc.

⁷⁹³ Y. et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 5^e éd., 2021, n°159 : à propos des sanctions encourues en cas de pratiques commerciales agressives : « *Les personnes morales sont pénalement responsables, le texte réécrit par la loi HAMON renvoyant aux articles 131-38 (...) et 131-39 du même code (à l'exception de la dissolution et de mesures concernant les animaux), prévoyant une litanie de peines complémentaires : confiscation, affichage, ou encore diverses interdictions, ces dernières ne pouvant cependant dépasser une durée de cinq ans (art. L.122-14)* ». La même affirmation se retrouve notamment à propos des sanctions de la vente à la boule de neige (n°164 du même ouvrage).

⁷⁹⁴ V. notamment : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1200, n°1546 et s. ; E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n°231 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 2011, p. 520 et s n°615 et s. ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 11^e édition, n°1118.

⁷⁹⁵ E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, Litec, 2^e édition, 2015, n°125.

⁷⁹⁶ Fr. Desportes et Fr. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p. 828, n°859.

personnes morales »⁷⁹⁷, au sein de laquelle l'article 434-47 fait clairement référence à certaines des sanctions encourues à l'article 131-39⁷⁹⁸.

De fait, si les nommer peines complémentaires n'apparaît pas comme juridiquement juste, il ne semble pas plus opportun de les traiter séparément, les problématiques les concernant étant très proches de la catégorie à laquelle on hésite à les rattacher. Ces peines principales particulières de l'article 131-39, qui s'ajoutent à la peine principale d'amende, peuvent dès lors être qualifiées de peines secondaires⁷⁹⁹, par opposition aux peines principales de référence.

224. Transition. La délimitation des peines secondaires effectuée, il faut s'attacher à son évolution, remarquable ces dernières années.

2. La systématisation des peines secondaires

225. Indifférence relative de la gravité et de l'auteur de l'infraction. La présence des peines secondaires n'est pas totalement liée à la classification tripartite des infractions. En effet, des peines secondaires sont prévues par le législateur en matière criminelle, délictuelle et contraventionnelle. Elles vont cependant différer en fonction de la qualification de l'infraction. De fait, l'article 131-10 du Code pénal présente de façon non-exhaustive les peines complémentaires applicables aux personnes physiques en matière criminelle et délictuelle, tandis que les articles 131-16 et 131-17 font de même pour les peines applicables en matière contraventionnelle⁸⁰⁰. Par ailleurs, les personnes morales peuvent être soumises à des peines secondaires comme le prévoient les articles 131-39 et 131-43 du Code pénal.⁸⁰¹ Cette précision est essentielle, puisque nombre de contrats sont conclus entre personnes morales et entre personnes morales et personnes physiques (en droit de la consommation notamment). Par conséquent, la possibilité de leur infliger des sanctions secondaires ouvre de manière

⁷⁹⁷ Cette section se trouve au sein du Livre quatrième dédié aux « [...] crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique », dans le titre III « Des atteintes à l'autorité de l'Etat », à la fin de son Chapitre IV réprimant « [les] atteintes à l'action de justice ».

⁷⁹⁸ *C. pén.*, art. 434-47, 2° : « Pour une durée de cinq au plus, les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 7° de l'article 131-39 ».

⁷⁹⁹ Cf. Y. Mayaud et J.-H. Robert, qui qualifient tous deux de secondaires l'ensemble de ces peines : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, 7^e éd. MAJ, 2021, p.662 n°530 et s.

⁸⁰⁰ Pour les infractions contractuelles, les peines complémentaires en matière contraventionnelle seront surtout les confiscations et les interdictions d'émissions de chèques (quid de l'utilisation des cartes bancaires ?).

⁸⁰¹ L'article 131-39 du Code pénal énonce les peines complémentaires applicables en matière criminelle et délictuelle, tandis que les peines contraventionnelles sont prévues à l'article 131-43 du même code.

conséquente l'éventail des sanctions leur étant applicables, ce qui renforce l'attrait de la sanction pénale. D'ailleurs, le législateur semble conscient du potentiel de ces infractions, au vu de leur renforcement constant dans les différents textes d'incrimination.

226. Systématisation des peines secondaires. Ces peines supplémentaires revêtent donc un intérêt majeur pour le législateur français, qui tend à renforcer leur recours par adjonctions successives. La Loi HAMON du 17 mars 2014 a même procédé à une « systématisation » des peines complémentaires pour les infractions pénales⁸⁰², comme le remarque Madame Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD, en harmonisant le recours à ces sanctions⁸⁰³. Plusieurs articles du Code de la consommation ont ainsi été modifiés, afin notamment d'intégrer dans le dispositif répressif de certaines infractions les peines complémentaires d'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice duquel l'infraction a été commise et l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale⁸⁰⁴. En effet, rares sont les textes qui ne mentionnent pas la possibilité de prononcer des peines secondaires à l'égard des personnes physiques et des personnes morales. On retrouve par ailleurs ailleurs une identité des peines secondaires dans de nombreux articles du Code de la consommation⁸⁰⁵, comme pour les pratiques trompeuses, l'abus de faiblesse ou encore les infractions commises dans le cadre des contrats relatifs aux biens à temps partagé ou d'achat d'or et de métaux précieux.

Il est donc loisible de constater une un recours intensifié aux peines secondaires par le législateur, tant dans le Code pénal, le Code de la Consommation, le Code de commerce que dans des lois particulières. Cela n'est cependant pas sans quelques inconvénients, dont le manque de lisibilité est sûrement le plus flagrant. En effet, les peines secondaires constituent en

⁸⁰² Ont ainsi été modifiés les articles suivants du Code de la consommation : Art. L. 121-6 sur les pratiques commerciales trompeuses, art. L. 121-79-4 sur le contrat de time-share, Art. L. 122-7 ventes à la boule de neige, Art. L. 122-8 abus de faiblesse, Art. L. 122-14 pratiques commerciales trompeuses. + V. Code consommation art. L. 121-104 pour contrat d'achat de métaux précieux.

⁸⁰³ Y. Picod et N Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°164..

⁸⁰⁴ Pour une étude de ces sanctions, cf. infra 2.

⁸⁰⁵ À titre d'exemple, l'article L.132- du Code de la consommation prévoit des interdictions d'exercice pour les personnes physique. Pour les personnes morales, l'article fait directement un renvoi l'article 131-39 du Code pénal (du 2) au 9°) : interdiction d'exercice, placement sous surveillance judiciaire, exclusion des marchés publics, interdiction d'émettre des chèques, confiscation, affichage de la décision, etc.)

cela un exemple topique, même si les récentes réformes, notamment en droit de la consommation, tendent à tempérer ce manque de clarté⁸⁰⁶. Il est souvent reproché, à juste titre, le renvoi constant aux articles du Code pénal⁸⁰⁷ et l'éloignement des textes prévoyant la sanction de ceux définissant les infractions⁸⁰⁸.

Le recours de plus en plus systématique à la peine secondaire par le législateur, véritable peine assujettie à toutes les garanties des peines principales de référence, trouve sa justification dans les fonctions qu'elle remplit. Tour à tour dissuasive, préventive et afflictive, les peines secondaires, par leur grande variété, complètent avec succès un système répressif plus traditionnel.

⁸⁰⁶ Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 (à propos de l'historique de cette ordonnance, v. notamment : N. Sauphanor-Brouillaud et H. Aubry, « Recodification du droit de la consommation. – À propos de l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016, act. 392 ; H. Claret et G. Paisant, « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016, doctr. 796) procède à un « réordonnancement plus cohérent du plan du Code de la consommation » (N. Sauphanor-Brouillaud et H. Aubry). À cette fin, le législateur, dans le prolongement de la Loi HAMON de 2014, consacre aux sanctions des titres entiers situés à la fin de chaque livre, réunissant à la fois les sanctions civiles, pénales et/ou administratives. Un véritable effort de lisibilité est ici réalisé, précisant de façon quasi-systématique selon que l'on se trouve en présence de sanctions de telle ou telle nature, malgré le détachement total de la détermination du comportement répréhensible et de sa sanction, parfois séparés par des chapitres, voire des titres entiers. Cette amélioration relative permet d'avoir une vue globale des sanctions du droit de la consommation, même si elle conserve toujours les mêmes travers liés aux renvois systématiques au Code pénal, comme le montre par exemple l'article L.242-8 du Code de la consommation relatif aux peines complémentaires sanctionnant la méconnaissance des règles relatives aux contrats conclus à distance et hors établissement.

⁸⁰⁷ Il faut entendre par renvoi constant au Code pénal le fait que, de façon quasi systématique, les articles prévoyant les peines complémentaires font référence aux articles 131-10 et suivants du Code pénal⁸⁰⁷, qui énoncent les peines encourues. Ainsi en est-il par exemple de l'article L.443-3, alinéa 1^{er} du Code de commerce, qui punit « *les personnes morales déclarées pénalement responsables des infractions prévues aux I et II de l'article L.443-2 encouruent les peines mentionnées aux 2° à 6° et 9° de l'article 131-39 du Code pénal* ». Le constat est flagrant : sur un seul alinéa, deux renvois, et celui concernant les peines complémentaires semble *a priori* obscur : *quid* des peines encourues des 2° à 6° et 9° du Code pénal ? Nul n'est censé ignorer la loi, mais l'art de jongler avec les différents codes et une grande maniabilité des textes semblent être des qualités nécessaires pour connaître ce qui est encouru lorsqu'est opéré une hausse ou une baisse artificielle du prix de biens ou de services en utilisant un moyen frauduleux⁸⁰⁷. La lecture de cet article est révélatrice et illustre parfaitement le problème de lisibilité de ces peines, cette pratique étant si symptomatique de la difficulté du législateur français à légiférer à droit constant sans alourdir de façon trop conséquente les textes.

⁸⁰⁸ Le législateur tend également à centraliser les sanctions complémentaires à la fin des sections ou des chapitres, permettant ainsi d'alléger des codes déjà très denses. Il est possible de citer à titre d'exemple les articles 314-10 et suivants du Code pénal, réunis dans une section IV consacrée aux peines complémentaires applicables au sein du chapitre relatif aux détournements⁸⁰⁸. Néanmoins, cet éloignement du texte définissant l'infraction tend une nouvelle fois à limiter l'accessibilité à la règle de droit puisque, comme le constate Monsieur Emmanuel Dreyer, « *le risque d'erreur ou d'oubli devient trop important, [ne permettant] plus une utile information des citoyens* » (E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, p.1200, n°1546). Il est en effet difficile de connaître de façon claire et automatique toutes les peines associées à une infraction, la démarche nécessaire à effectuer étant complexe pour le contractant.

B. Les fonctions variées des sanctions secondaires

227. Présentation. Si le but affiché du législateur en multipliant les peines secondaires est de rechercher une plus grande efficacité, en trouvant des réponses adaptées aux manquements commis⁸⁰⁹, elles viennent en outre parfaire la décision de condamnation par une meilleure personnalisation de la sanction. De façon plus commune, les peines secondaires répondent à certains objectifs. La diversité de ces peines entraîne conséquemment une variété des fonctions qui leur sont attribuées, étant entendu qu'une même sanction peut remplir plusieurs d'entre elles.

228. Fonctions classiques de la peine. Tout comme pour les peines principales de référence, la fonction⁸¹⁰ de la peine est multiple. Entre prévention et dissuasion, affliction et punition, les peines secondaires remplissent toutes de façon plus ou moins marquée ces fonctions. La peine contient toujours une part d'intimidation, espérant que cela dissuadera le contractant de violer les règles contractuelles, évaluant le rapport coût/bénéfice du passage à l'acte. S'il a néanmoins décidé d'agir en dépit des règles énoncées, la peine se doit alors d'avoir un aspect rétributif, afin d'éviter une éventuelle récidive et le punir d'avoir violé le droit applicable. La souffrance, la privation et la gêne sont également recherchées par le prononcé de peines complémentaires telles que la confiscation ou encore la publicité de la décision.

Certaines se distinguent pourtant, traduisant une volonté marquée de donner un sens à la sanction. Ainsi en est-il de la peine de publication et d'affichage qui constitue l'exemple le plus topique de la fonction infamante de la peine, certains n'hésitant pas à la caractériser de « pilori moderne »⁸¹¹. Effectivement, obliger l'auteur d'une infraction contractuelle à publier ou afficher la décision de sa condamnation apparaît particulièrement humiliant⁸¹² et peut entraîner des conséquences très néfastes sur les futures relations contractuelles.

229. Entre peine et mesure de sûreté. La nature de la sanction secondaire interroge parfois. Si, tout comme l'énonce Madame Christine LAZERGES, nous pensons que la mesure de sûreté

⁸⁰⁹ N. SAUPHANOR-BROUILLAUD Natacha, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *op. cit.*

⁸¹⁰ Pour une étude globale de la fonction de la sanction, cf. *infra*, n°283 et s.

⁸¹¹ V.-O. Dervieux, « “Name and Shame” : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? », *Gaz. Pal.* 2016, p.29.

⁸¹² Sur cette sanction, voir *infra* n°245 et s.

constitue inévitablement une peine⁸¹³, certaines peines complémentaires semblent s'apparenter d'emblée à des mesures de sûreté, notamment lorsque la fonction préventive est mise en avant. C'est particulièrement le cas avec l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle. Par la privation d'exercice de l'activité qui constitue le cadre à la commission de l'infraction, le juge tente, pour une durée limitée ou à titre définitif, d'empêcher l'auteur de commettre à nouveau ce type de faits et de protéger les éventuels contractants. Pendant une période donnée, les potentiels contractants n'auront pas à traiter avec le fautif. Cela va permettre de protéger les relations contractuelles en les préservant des risques de manquements de celui qui a déjà commis de tels méfaits. Toutefois, la qualité de « peine » n'est pas totalement absente ici. En réalité, il s'agit souvent d'une peine de nature mixte, comme l'explique Madame Annie BEZIZ-AYACHE⁸¹⁴, qui considère qu'une peine secondaire remplit très souvent à la fois une mission de sûreté et une mission attribuée à la peine, rétributive.

230. Fonction particulière au droit des contrats : la préservation de la vie des affaires.

De façon plus singulière, la protection de la vie des affaires et son « *assainissement* »⁸¹⁵ sont recherchées à travers les incapacités, et notamment l'incapacité de gérer. L'infliction de ces peines secondaires permet en effet « *d'écarter l'entrepreneur de l'exercice de certaines activités* »⁸¹⁶, de façon définitive ou temporaire, lorsque ce dernier, par son comportement, a conduit à mettre en « *danger le bon fonctionnement et la moralité* »⁸¹⁷ du monde des affaires. Un parallèle peut être effectué avec la peine d'emprisonnement, qui permet d'éloigner pour un certain temps l'auteur des faits de la société et de ses concitoyens. À une moindre échelle, il s'agit du même mécanisme employé ici : on éloigne le condamné du groupe au sein duquel il n'a pas été apte à respecter les

⁸¹³ C. Lazerges, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *REV. SC. CRIM.*, n°1 mars 2006.

⁸¹⁴ A. Beziz-Ayache, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2017 (actualisation oct. 2020), v° « Peines complémentaires », n°67.

⁸¹⁵ J. Lasserre-Capdeville, « Evolution légale de l'interdiction de gérer », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* 2016, p.75.

⁸¹⁶ C. Mascala, « La banqueroute : préserver l'entreprise contre l'entrepreneur ? », *Dr. pén.* 2009, étude 20.

⁸¹⁷ *Ibid.*

règles qui l'encadraient. Pendant une durée plus ou moins longue, le monde des affaires est alors protégé de personnes qui ont nui à sa bonne cohésion.

231. Transition. Les fonctions diverses des peines secondaires favorisent leur attractivité en vue de protéger les relations contractuelles. Cependant, l'attrait pour ces peines ne doit pas faire oublier la nécessité de respecter un cadre strict afin de s'assurer de leur pleine efficacité.

II. L'encadrement des peines secondaires en vue de leur pleine efficacité

232. Présentation. L'un des objectifs majeurs de la sanction pénale doit être d'infliger une peine en rapport avec les faits commis. Or, les peines secondaires participent particulièrement à la poursuite de ce but. Par leur variété, elles constituent une offre large pour le juge de prononcer une sanction appropriée, ce qui lui laisse une véritable appréciation dans le choix de la sanction à retenir (A). Une fois la peine prononcée, la qualification de peines secondaires ne doit pas pour autant laisser à penser que leur application est facultative. Leur respect est impératif et les conséquences en cas d'inexécution sont sévères (B).

A. L'appréciation judiciaire du prononcé de la peine

233. Une liberté du juge favorisée - Une personnalisation des peines facilitée. L'un des intérêts majeurs de la peine secondaire est relatif au principe de la personnalisation de la peine. Si cette personnalisation est de mise pour toutes les sanctions, comme l'énonce l'article 132-24 du Code pénal⁸¹⁸, découlant lui-même du principe de nécessité des peines consacré à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen⁸¹⁹, elle est insensifiée en matière de peines secondaires. Le juge pénal dispose alors d'un large pouvoir d'appréciation dans le prononcé de la peine⁸²⁰. Cette liberté d'action du magistrat au moment du choix de la sanction transparait

⁸¹⁸ *C. pénal, article 132-24* : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur (...) ».

⁸¹⁹ *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, article 8* : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée. »

⁸²⁰ Du moins en ce qui concerne les peines complémentaires facultatives, de loin les plus nombreuses dans le cadre des « infractions contractuelles ». Il existe quand même certaines peines complémentaires obligatoires, qui ont été considérées comme conformes à l'article 8 de la DDHC si le juge peut en faire varier les modalités d'exécution. Cf.

d'abord dès la décision de punir ou non l'auteur d'une de ces peines complémentaires. Effectivement, ces peines facultatives ouvrant au juge une simple possibilité d'y recourir sans qu'il ne lui soit imposé de les prononcer à la différence des peines accessoires, qui accompagnent nécessairement la peine principale en cas de condamnation.

Ensuite, c'est dans le large éventail des peines supplémentaires que le juge peut choisir quelle sanction sera prononcée à l'encontre du cocontractant fautif, dans la limite des prévisions des textes propres à chaque incrimination⁸²¹. Le magistrat choisira en fonction des circonstances de fait et de la personnalité du condamné les sanctions adéquates afin d'assurer la meilleure protection de la société tout en punissant de la façon la plus juste qui soit l'auteur de l'infraction, que ce dernier soit une personne physique ou une personne morale. Il aura également une marge d'appréciation relativement à la durée de la sanction, nombre de peines secondaires pouvant être prononcées à titre définitif ou pour une durée n'excédant pas cinq ou dix ans.

234. La possibilité de cumul des peines secondaires. Le juge peut par ailleurs choisir de prononcer une ou plusieurs peines secondaires, car la peine supplémentaire est une peine cumulative. À titre d'exemple, une société qui a commis des pratiques commerciales trompeuses peut être condamnée à une peine d'amende conséquente (1 500 000 € maximum⁸²²), mais elle peut être également soumise à l'interdiction d'émettre des chèques, être exclue des marchés publics, être interdite d'exercer directement ou indirectement, une ou plusieurs activités professionnelles ou sociales⁸²³, subir la confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction et/ou l'affichage de la décision prononcée⁸²⁴. Elle pourrait également être interdite d'émettre des chèques, être placée sous surveillance judiciaire ou même subir une fermeture d'établissement, sans oublier subir une exclusion des marchés publics et/ou subir l'interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers (...). Ce cumul est très conséquent et renforce la sévérité de la décision de condamnation. Cette possibilité de cumul permet de procéder à une répression complète de l'auteur de l'infraction, tout en axant sur des sanctions en relation avec les faits commis, garant d'une meilleure efficacité de la répression. Tandis que

Décision DC C. const., 29 sept. 2010, n°2010-41 QPC, à propos de l'article L.121-4 du Code de la consommation ; J.-H. Robert, *Dr. pén.* 2010, comm. 122.

⁸²¹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p.1200, n°1546 et s.

⁸²² C. consom., art. L.132-2, L.132-3 et C. pén. 121-2.

⁸²³ Pour ces trois sanctions, la peine peut être soit définitive, soit d'une durée de cinq ans au plus.

⁸²⁴ Cf. C. consom., art. L.132-3 et C. pén., 131-39.

les textes fondateurs des peines secondaires disposent que ces dernières sont cumulatives⁸²⁵, le législateur vient parfois préciser spécifiquement que certaines sanctions prévues peuvent être prononcées cumulativement. Ainsi en est-il de l'alinéa 2 de l'article L.132-3 du Code de la consommation, toujours dans le cadre de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses, qui indique que les personnes physiques peuvent être condamnées cumulativement à l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer l'activité professionnelle ou sociale dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise et à l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle⁸²⁶. Cette redondance peut s'expliquer notamment par la nature similaire de ces peines qui impliquent toutes deux des interdictions professionnelles, même si cela renforce le sentiment de lourdeur du texte. Le droit offre donc une large possibilité de combinaisons dans le prononcé des peines secondaires, qui est confortée par l'absence d'obligation de motivation de la décision⁸²⁷.

La question du cumul des peines secondaires s'est également posée en matière de concours réel d'infractions : est-il possible de cumuler les peines secondaires prévues pour les deux infractions en concours ou à l'inverse, de prononcer celles prévues pour l'infraction la moins grave ? La réponse doit s'avérer positive pour Roger MERLE et André VITU, « *la peine complémentaire [n'étant] pas attachée à la peine principale, mais à l'infraction elle-même* »⁸²⁸.

⁸²⁵ C. pén., art. 131-10 et 131-16 pour les personnes physiques et C. pén., art. 131-39 et 131-43 pour les personnes morales.

⁸²⁶ Interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou de contrôler à un titre quelconque, directement ou indirectement, pour leur propre compte ou pour le compte d'autrui, une entreprise commerciale ou industrielle ou une société commerciale.

⁸²⁷ A. Beziz-Ayache, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, op. cit., n°77. À propos de la peine d'interdiction d'exercice professionnel fondée sur l'article 131-37 du Code pénal, v. Cass. Crim., 19 oct. 2004, n°04-80.317 ; *Bull. crim.* n°246 ; D. 2005. 1528, obs. Roujou de Boubée.

⁸²⁸ R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel – Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd., 1997, n°841. La chambre criminelle de la Cour de cassation remarque en outre dans un arrêt de 1885 que « *le but du législateur serait manqué si celui contre qui il a voulu que ces mesures fussent employées y échappait par cela seul qu'outre le délit spécial qui les rend nécessaires, il en aurait commis un autre plus grave* » (Cass. crim., 12 juin 1885, S., 87.I.48). Si la commission d'une infraction plus grave suffisait à faire échapper aux peines prévues pour des faits moins sévèrement punis, l'efficacité du droit pénal, et tout simplement sa cohérence et sa raison d'être seraient remises en question. Il n'en est assurément pas question ici, la seule limitation en matière de concours réel d'infractions se trouvant, de façon assez logique, dans le respect du maximum légal encouru, pour les infractions de même nature. La Chambre criminelle l'a notamment affirmé dans un arrêt « FANTAISIE » de 1978, à propos de l'interdiction d'émettre des chèques, prononcée plusieurs fois pour des infractions à la législation sur les chèques en concours réel, et ayant fait l'objet de poursuites multiples. Dans une telle situation « *lesdites peines complémentaires ne peuvent cumulativement être subies au-delà du maximum prévu par la loi* » (Cass. crim. 5 oct. 1978, D. 1979.138, note J. Mestre ; *Rev. Sc. Crim.* 1979.309, obs. Larguier).

Le constat de cette très grande liberté du juge en matière de prononcé des peines complémentaires ne doit toutefois pas pour autant cacher des impératifs majeurs⁸²⁹ : il doit en toutes circonstances respecter le principe de légalité des délits et des peines.

235. Une liberté de choix du juge encadrée. La nécessaire prévision en amont de la peine. La prévision de la peine secondaire est nécessairement double : d'une part, elle doit avoir été prévue par le texte, respectant ainsi le principe que « nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi »⁸³⁰, mais elle doit, d'autre part, avoir été prononcée par le juge. En amont de la commission de l'infraction, le texte d'incrimination doit évidemment prévoir les peines secondaires qui seront par la suite infligées à l'auteur de l'infraction en raison du principe de légalité. Néanmoins, en matière de peines secondaires, la Cour de cassation a été amenée à rappeler à plusieurs reprises ce principe aux juges du fond, notamment dans des arrêts de 1997⁸³¹ et 2002⁸³². La Cour de cassation a ainsi censuré une décision ayant prononcé l'interdiction de gérer ou d'administrer une entreprise à l'encontre d'un dirigeant reconnu coupable d'abus de bien social⁸³³. Or, bien que la prévision de cette peine par le Code pourrait s'avérer logique, le texte ne le prévoit aucunement. Dès lors, comme l'affirme Monsieur Emmanuel DREYER, « l'apparente utilité de la mesure ne suffit pas à justifier son prononcé », « les magistrats n'ont pas à suppléer l'imprévoyance du législateur en complétant les textes de pénalité »⁸³⁴.

Si ce principe se justifie pleinement, des difficultés de compréhension de la peine peuvent parfois apparaître, lorsque des infractions semblables ne punissent pas des mêmes peines les auteurs de l'infraction. C'est ainsi le cas de la tromperie et des pratiques commerciales trompeuses qui, malgré des incriminations souvent jugées redondantes⁸³⁵, se distinguent en partie sur leurs peines secondaires⁸³⁶. Toutefois, cette nécessité de cohérence est essentielle, tant elle constitue pour l'auteur de l'infraction une garantie.

⁸²⁹ Lorsque deux infractions en concours réel existent.

⁸³⁰ C. pén., art. 111-3.

⁸³¹ Cass. Crim., 13 mai 1997, *Bull. crim.* 1997, n°180, *REV. SC. CRIM.* 1998, p.97, obs. B. Bouloc.

⁸³² Cass. Crim., 15 oct. 2002, *Bull. crim.* 2002, n°186; *REV. SC. CRIM.*, 2003, p.96, obs. Y. Mayaud. Il s'agissait en l'espèce d'une peine complémentaire de publication non applicable à la date des faits, au nom du principe de non-rétroactivité des lois pénales plus sévères. Ils doivent en conséquence être vigilants, en veillant à ne prononcer que des peines strictement prévues par la loi pour l'infraction visée, quand bien même cette peine complémentaire eut toute sa place pour sanctionner l'auteur de tels faits.

⁸³³ Cass. Crim., 12 sept. 2001 : *Dr. pén.* 2002, comm. 6, obs. J.-H. Robert.

⁸³⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1550.

⁸³⁵ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, thèse, LGDJ, 2014, n°358.

⁸³⁶ Pour exemple, avant 2002, la peine supplémentaire spéciale de publication et d'affichage n'existait pas en matière de tromperie, mais seulement dans le cadre des pratiques commerciales trompeuses.

Même si les peines secondaires semblent moins graves que les peines de référence, alors qu'elles n'impliquent ni emprisonnement, ni paiement d'une amende (souvent élevée) et synonymes de condamnation sociétale, elles n'en restent pas moins des peines, soumises à ce titre à toutes les garanties qui y sont associées. En outre, la « douceur » des peines supplémentaires par rapport aux peines principales est à relativiser, notamment pour les personnes morales, le 1^o de l'article 131-39 du Code pénal prévoyant la dissolution – quand les circonstances sont réunies – de celles-ci lorsqu'elles ont commis un crime ou un délit. Entre le paiement d'une amende, même élevée, et la disparition de la personne morale, la gravité de la peine en fonction de sa nature doit être relativisée, tandis que la nécessité du respect du principe de légalité prend tout son sens.

236. Une liberté de choix du juge encadrée. La nécessaire prévision en aval de la peine. La prévision de la sanction apparaît, en outre, essentielle en aval de la commission de l'infraction, au moment du prononcé de la peine. En effet, si les juges ont une marge d'appréciation assez grande dans la répression des infractions par le biais des peines secondaires, le juge ne doit pas omettre de préciser dans la décision rendue toutes les peines complémentaires auxquelles sera soumis l'auteur. S'il venait à omettre une peine secondaire dans le dispositif, cela entraînerait automatiquement son inapplicabilité⁸³⁷. Il convient alors pour le magistrat d'être vigilant, étant entendu que cette règle s'applique aussi aux peines secondaires automatiques, dont fait partie la confiscation d'objets dangereux ou nuisibles⁸³⁸, pourtant obligatoire⁸³⁹. Si le juge est extrêmement libre concernant le type, le *quantum*, la durée de la sanction et même sa quantité, il doit choisir exclusivement des peines prévues par les textes et en précisant dans sa décision toutes celles qu'il souhaite que l'auteur subisse, en n'en omettant aucune.

237. Les peines complémentaires préférées aux peines accessoires⁸⁴⁰. Il est possible en outre de constater une transformation progressive des peines accessoires en peines secondaires.

⁸³⁷ Cf. sur cette question : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op cit.*, p.1203, n°1551.

⁸³⁸ C. pén., art. 131-21 al.1.

⁸³⁹ Cette exigence provient de l'article 132-17, alinéa 1^{er} du Code pénal, qui affirme qu'« aucune peine ne peut être appliquée si la juridiction ne l'a pas expressément prononcée ».

⁸⁴⁰ La question du maintien de l'existence des peines accessoires dans le système répressif français ne devrait plus être discutée aujourd'hui, au regard de l'article 132-17 al. 1^{er} du Code pénal. Néanmoins, le législateur persiste en insérant çà et là, principalement hors du Code pénal, des peines accessoires. Ces peines sont pourtant de plus en plus soumises au contrôle du juge, interne et européen. Ainsi, la Cour européenne des Droits de l'homme a déclaré contraire à l'article 1^{er} du premier protocole additionnel à la Conv. EDH une sanction de confiscation automatique : CEDH, 26 févr. 2009, *Grijfborst c/ France*, §105. Des décisions QPC interviennent également de plus en plus pour censurer l'existence de ces peines. Pour une étude approfondie de la question, v. notamment E. Dreyer, *Droit pénal*

De l'obligation de prononcer la sanction, le juge se voit alors offrir une simple possibilité de punir l'auteur de l'infraction de ces peines. Les incriminations relatives aux infractions contractuelles ne sont pas exemptes de ce mouvement. Ainsi en est-il par exemple de la peine d'affichage ou diffusion de tout ou partie de la décision de justice condamnant l'auteur pour avoir des pratiques commerciales trompeuses, transformée par la Loi HAMON de 2014 en peine complémentaire⁸⁴¹. La modification récente des incapacités commerciales en peine complémentaire est encore révélatrice de cette tendance. Avant la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie, les incapacités commerciales et professionnelles qui existaient dans le dispositif législatif se trouvaient prévues au sein des articles L.121-8 et suivants du Code de commerce. N'appartenant pas à la catégorie des peines complémentaires mais à celle des peines accessoires, ces incapacités d'exercice en matière commerciale se voyaient automatiquement prononcées dès lors que l'auteur était condamné pour tout crime ou un des délits limitativement énumérés par le Code⁸⁴². Aussi a-t-il semblé indispensable aux sénateurs de modifier la législation précédente à l'occasion de la rédaction de Loi de Modernisation de l'Économie⁸⁴³. Le choix opéré de considérer dorénavant les incapacités d'exercice en matière commerciale comme des peines complémentaires entraîne de fait un intérêt crucial : en perdant le caractère automatique de la sanction, qui constituait une contrainte pour le magistrat et les parties⁸⁴⁴, le juge dispose à nouveau d'une autonomie dans la personnalisation de la peine, que ce soit de son éventuel prononcé ou de sa durée. Surtout, « *l'artifice qui consistait à disqualifier une peine en incapacité* »⁸⁴⁵, puisqu'elles étaient toutes considérées comme des peines principales automatiques, n'a plus lieu d'être, puisqu'elles ne peuvent être que des peines complémentaires

général, op. cit., n°1550 et s. ; A. Beziz-Ayache, v° « Peines complémentaires », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, n° 7.

⁸⁴¹ En indiquant dorénavant à l'article L.121-4 du Code de la consommation une simple possibilité de condamnation à cette peine et non plus une obligation. Il faut préciser que cet article est désormais abrogé par l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016, qui a procédé à une recodification du Code de consommation.

⁸⁴² Or, cette automaticité constitue, pour le rapporteur du projet de loi à l'Assemblée nationale Jean-Paul CHARIÉ, « *une entrave disproportionnée à la liberté d'entreprendre, notamment lorsque est envisagée la reprise d'une activité ayant un autre objet de celle au cours de laquelle la condamnation est intervenue* » (Rapport AN n°908, sur le projet de Loi de modernisation de l'économie, n°842). Il est en effet certain que cette sanction peut s'avérer fort préjudiciable à un contractant, qui se trouvera, en cas de condamnation à cette peine complémentaire, dans l'impossibilité d'exercer son métier, entraînant des conséquences dommageables pour l'auteur. Les conséquences peuvent être également dommageables du point de vue du foyer de la personne physique sanctionnée, le privant ainsi d'une source de revenus.

⁸⁴³ La technique de l'Ordonnance était originellement prévue, mais il parut impensable aux sénateurs de procéder de la sorte alors que des dispositions pénales allaient être modifiées.

⁸⁴⁴ Comme le remarque E. Vergès dans « Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : peines complémentaires et alternatives d'incapacité d'exercice d'une activité commerciale ou industrielle », *REV. SC. CRIM* 2008, p.958.

⁸⁴⁵ *Ibid.*

dorénavant, soumises aux principes du droit pénal. Cette peine relative à l'incapacité d'exercice concerne de nombreuses infractions, qu'elles soient prévues dans le Code pénal, comme le blanchiment ou l'escroquerie, ou dans d'autres codes, comme l'abus de faiblesse, les fraudes et falsifications, la banqueroute⁸⁴⁶ ; elles doivent donc être introduites pour chacune d'entre elles et leur prononcé est soumis aux garanties du droit pénal.

238. Transition. L'encadrement des peines secondaires, qui favorise une plus grande protection des droits de la personne condamnée à ces infractions, mais participe aussi de l'effectivité de la sanction prononcée qui pourra être adaptée à chaque cas particulier. En outre, elles tendent à bénéficier des faveurs des juges, plus enclins à proposer de telles sanctions plutôt que l'emprisonnement en matière contractuelle. Néanmoins, pour intéressantes qu'elles soient, l'efficacité des sanctions secondaires est liée à l'impérativité de leur respect.

B. Les conséquences sévères de l'inexécution de la peine.

239. Le relèvement la sanction à l'issue de son prononcé. La diversité des peines secondaires et leur déploiement ne doivent pas cacher une certaine rigueur quant à leur régime. Véritables peines pénales, elles font conséquemment l'objet d'un encadrement indispensable lors de leur prononcé, ainsi qu'en cas d'inexécution. Le sort de la sanction pénale à l'issue de son prononcé ne pose *a priori* pas de difficulté. Exceptées quelques modalités de mises en œuvre, la suite logique est la soumission à la sanction, par le paiement de la somme due, le placement en détention, la confiscation de la chose, le fait de ne pas exercer une profession spécifique ou encore de ne pas émettre de chèques pendant une période donnée. Mais si, comme toutes les sanctions pénales, les peines secondaires peuvent faire l'objet de certains mécanismes permettant à la personne condamnée de ne pas subir tout ou partie de sa peine (sursis⁸⁴⁷, amnistie), le sort de la sanction est, par sa nature même, soumis à des modalités particulières. Il est notamment permis de le constater avec le relèvement⁸⁴⁸, qui entraîne la disparition de

⁸⁴⁶ C. com., art. L.654-5.

⁸⁴⁷ La plupart des peines complémentaires peuvent faire l'objet d'un sursis simple, à l'exception de la fermeture d'établissement, de la condamnation à la publication ou l'affichage et de la confiscation : C. pén., art. 131-31 al.1^{er}.

⁸⁴⁸ Selon le Professeur CORNU, « le relèvement est une « levée totale ou partielle de certaines peines accordée par la juridiction qui prononce la condamnation (relèvement instantané) ou ultérieurement par cette même juridiction (sauf cas particuliers) à la requête du condamné, [il s'agit donc d'une] mesure d'allègement, décidée compte-tenu notamment de la situation et de la conduite du requérant » (G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadriga, 13^e éd.. MAJ, 2020.

certaines conséquences des condamnations pénales⁸⁴⁹, ce qui peut s'avérer utile dans le projet de réinsertion d'un condamné, qui a pu par exemple être privé de son droit à exercer une profession commerciale. Cette possibilité, qui peut être demandée dès l'audience prononçant la sanction⁸⁵⁰, est néanmoins d'application très restreinte⁸⁵¹.

En outre, la particularité des peines supplémentaires se traduit à l'égard de la prescription, puisque les peines privatives de droit comme les interdictions, déchéances ou incapacités ne peuvent se prescrire⁸⁵², justifiant certainement la possibilité du recours au relèvement. Le particularisme de ces peines apparaît également en cas d'inexécution, qui est sanctionnée sévèrement.

240. Sanction du non-respect des peines secondaires : le recours aux peines principales de référence. La plupart des peines secondaires sont fondées sur une action ou une abstention volontaire de la part de la personne condamnée, qui devra par exemple s'abstenir d'exercer une profession industrielle ou commerciale, d'exercer une fonction publique ou

⁸⁴⁹ A. Beziz-Ayache, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Peines complémentaires », *op. cit.*, n°86.

⁸⁵⁰ La personne à qui la peine est infligée peut demander le relèvement de l'infraction dès l'audience de jugement prononçant cette sanction en cas de peine accessoire. Que la demande échoue ou qu'elle n'ait pas été formulée, le condamné ne pourra plus demander le relèvement de la peine avant que ne s'écoule un délai de 6 mois, et ainsi de suite en cas d'éventuels nouveaux rejets (CPP, art. 702-1, al.3.). Ce délai de six mois minimum est aussi celui pendant lequel la personne condamnée à une peine complémentaire ne pourra pas présenter de requête (Sur la procédure applicable en matière de relèvement, cf. B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 2020, n°928 et s. et Fr. Desportes et Fr. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.1069, n°1121 et s). Le condamné peut n'être relevé qu'en partie de sa peine ; il s'agit alors d'un aménagement de peine, qui permet d'atténuer sa sévérité (A. Beziz-Ayache *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Peines complémentaires », *op. cit.*, n°89).

⁸⁵¹ En effet, le relèvement est uniquement envisageable pour les peines d'interdiction, déchéance ou incapacité quelconque qui résultent de plein droit, en application de dispositions particulières, d'une condamnation pénale. Cette liste étant limitative, nul ne peut demander un relèvement pour une autre peine complémentaire que celles énoncées. Par conséquent, une personne condamnée à une peine d'affichage et de publication ne pourra voir sa demande de relèvement aboutir. La Cour de cassation s'est attachée à veiller au strict respect de cette règle, n'hésitant pas à la réaffirmer de façon explicite (Cass. crim., 21 sept. 2005 ; *AJ pénal* 2005. 414 ; *Dr. pén.* 2006. 13, obs. J.-H. Robert : « *Les dispositions de l'article 132-21 C. pén. ne s'appliquent qu'aux interdictions, déchéances ou incapacités, et donc pas à la peine complémentaire obligatoire d'affichage et de publication prévue par l'article 174 CGI* ». V. également dans le même sens : Cass. Crim., 3 juin 2004 ; Bull. crim. n°153 ; *Dr. pén.* 2004.132, obs. J.-H. Robert ; *Gaz. Pal.* 2005. 1. Somm. 1387, obs. A. C. ; *Rev. Sc. Crim.* 2004. 873, obs. Vermelle ; *ibid.* 2005. 581, obs. H. Matsopoulou). D'autres exclusions sont à noter. Tout d'abord, si le relèvement n'est possible qu'en cas de condamnation pénale (il a été jugé qu'une interdiction d'exercer une profession de notaire ne pouvait faire l'objet d'un relèvement, la sanction faisant suite à une destitution prononcée à titre disciplinaire : Cass. Crim., 4 janv. 1990, Bull. crim. n°3, *rev. Sc. Crim.* 1990, p.559, obs. A. Vitu), il est exclu lorsque l'infliction de la peine complémentaire a été prévue à titre principal (Cass. Crim., 31 mai 1994, n°93-83.486., Bull. crim. n°214) ou comme peine alternative. Seules les condamnations à des peines accessoires ou complémentaires peuvent donc faire l'objet d'un relèvement. En outre, la jurisprudence estime qu'il est impossible de recourir au relèvement pour les mesures ayant un caractère réel (B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 2020, n°926), comme la fermeture d'un fonds de commerce (Cass. Crim., 28 juin 1977, Bull. crim. n°246) ou la confiscation des instruments de pesage faux (Cass. Crim., 23 mai 1977, Bull. crim. n°183) ou encore la fermeture d'un débit de boissons (Cass. crim., 16 oct. 1973, Bull. Crim. N°357, D. 1973, Somm. 139 et 143; *JCP* 1974, II, 17775, note J. Robert; *Gaz. Pal.* 1974, 1, 49 ; *REV. SC. CRIM* 1974, p.347, obs. Larguier).

⁸⁵² A. Beziz-Ayache *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Peines complémentaires », *op. cit.*, n°82.

encore procéder à l'affichage ou la diffusion de la décision de justice. Dès lors, puisqu' « *un ordre n'équivaut pas à la contrainte* », comme l'affirme le poète John MILTON dans *Samson agonistes (La lutte de Samson)*⁸⁵³, il est nécessaire de s'assurer que la sanction prononcée soit appliquée. Or, l'efficacité de la norme dépend de l'exécution de la peine. C'est une nouvelle fois par le biais de la sanction pénale que la répression du non-respect de la condamnation se voit garanti. Le Code pénal prévoit de façon assez systématique le recours aux peines principales de référence en cas de défaut d'exécution de la peine secondaire. Il s'agit alors de se référer aux articles 434-38 et suivants du Code pénal, qui sanctionnent certaines des atteintes à l'autorité de la justice pénale. Le Code pénal dispose que la violation de l'exécution de la peine secondaire sera sanctionnée d'une peine d'emprisonnement et d'une peine d'amende. Seule la durée et le montant varieront en fonction de la peine secondaire non respectée. Mesdames Virginie PELLETIER et Evelyne BONIS-GARÇON constatent de plus qu'en cas d'inexécution d'une peine complémentaire contraventionnelle, l'infraction devient un délit. L'inexécution d'une peine entraînera donc des conséquences majeures pour une personne physique⁸⁵⁴.

Ainsi, le fait de supprimer, dissimuler ou lacérer, totalement ou partiellement des affiches apposées faisant mention de la décision de condamnation sera puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende. La violation d'une interdiction d'exercice sera quant à elle punie différemment : tandis que celle concernant l'interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale ou une fonction publique⁸⁵⁵ sera punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende⁸⁵⁶, celle concernant l'interdiction d'exercice d'une profession commerciale ou industrielle (...) sera punie de la même peine d'emprisonnement mais cette fois, de 375 000€ d'amende⁸⁵⁷. La différence de montant peut sembler conséquente, mais elle apparaît cohérente avec les valeurs protégées par les peines secondaires.

Concernant l'affichage, le 2^e alinéa de l'article 434-39 du Code pénal précise que « *le jugement ordonnera à nouveau l'exécution de l'affichage aux frais du condamné* » : la peine redevient alors accessoire, ne laissant plus de marge de manœuvre au juge. Cela semble assez logique ici, puisqu'un premier juge avait condamné à cette peine secondaire l'auteur des faits, qui a agi de façon délibérée en

⁸⁵³ J. MILTON, *Samson agonistes (La lutte de Samson)*, 1671, in *Œuvres choisies de MILTON*, Paris, 1839, p.259.

⁸⁵⁴ E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, Litec, 2^e édition, 2015, n°229.

⁸⁵⁵ C. pén., art. 434-40.

⁸⁵⁶ Les mêmes peines sont encourues à l'encontre des personnes qui n'auraient pas respecté les interdictions de détention d'un animal, d'émission de chèques ou d'utiliser des cartes de paiement, de fermeture d'établissement ou d'exclusion des marchés publics (C. pén., art. 434-41).

⁸⁵⁷ C. pén., art. 434-40-1.

vue de masquer, de quelque façon que ce soit, l'affiche. Laisser la possibilité de ne pas obliger l'affichage à nouveau reviendrait à dédire le magistrat qui avait en premier jugé l'affaire. Or, il ne s'agit en aucun cas d'une juridiction d'appel

241. Les conséquences de l'inexécution de la sanction (Hors Code pénal). Le Code de la consommation prévoit également certaines sanctions à l'inexécution de ces peines secondaires. Ainsi en est-il du manquement à l'obligation de procéder à une ou plusieurs annonces rectificatives dans un délai imparti, sanctionné par une peine de deux ans d'emprisonnement et une amende de 300 000 €, outre la publication par le Ministère public, aux frais du condamné, de cette (ou de ces) annonces⁸⁵⁸. Cela s'explique ici principalement par le fait que la peine secondaire alors non respectée est prévue simplement dans le Code de la consommation et non pas dans le Code pénal.

242. Sanction de l'inexécution des peines supplémentaires de l'article 131-39. Il s'agit ici de distinguer la sanction selon la personne reconnue responsable. Tandis que la sanction des personnes morales en cas d'inexécution des peines supplémentaires des articles 131-39 et suivants est prévue à l'article 434-47 du Code pénal, il faut se référer à l'article 434-43 du même code afin de connaître les conséquences pour une personne physique de la violation des obligations d'une personne morale. Quant à l'article 434-43 du Code pénal, il incrimine la violation par une personne physique des obligations qui découlent de la condamnation d'une personne morale par l'une des peines prévues à l'article 131-39 du Code pénal. L'auteur de cette nouvelle infraction encourt alors une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende⁸⁵⁹. Si la pénalisation de la personne physique violant les obligations faisant suite à la condamnation de la personne morale se comprend aisément, c'est parce que pour chaque infraction imputée à une personne morale, des personnes physiques se cachent manifestement

⁸⁵⁸ C. consom., art. L.132-5.

⁸⁵⁹ Les peines sont portées à trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque la personne physique a participé au maintien ou à la reconstitution, ouverte ou déguisée, d'une personne morale dont la dissolution a été prononcée en application du 1° de l'article 131-39. Les peines sont même portées à cinq d'emprisonnement et 75 000 € d'amende si la dissolution avait été prononcée pour une infraction commise en récidive.

derrière, ce qui n'empêche plus leur punition⁸⁶⁰. Quant à l'article 434-44, il prévoit de nouvelles peines complémentaires pour punir de violation des premières sanctions...

L'article 434-47 du Code pénal prévoit, quant à lui, que le non-respect de l'exécution de la peine secondaire infligée à une personne morale sera puni d'une amende, mais ce n'est pas tout. Comme il est prévu pour les personnes physiques, la suite de l'article liste de nombreuses sanctions supplémentaires applicables en cas d'inexécution de ces mêmes sanctions secondaires. Parmi elles, l'affichage ou la diffusion, la confiscation et même la dissolution⁸⁶¹ dans certains cas sont envisagées. Quid de l'inexécution de la sanction prononcée à la suite d'une première inexécution ? La figure du serpent qui se mord la queue ne tarde pas à apparaître, et il faut espérer que les peines prononcées en second lieu seront plus dissuasives et surtout mieux respectées que les premières, que l'auteur des faits soit une personne morale ou une personne physique.

243. Conclusion. Tout est mis en œuvre pour garantir une pleine efficacité de la sanction, tant dans son régime que dans le respect de son exécution. Le but est le prononcé de sanctions opportunes et liées à l'infraction commise, afin de permettre une répression pertinente, éducative et protectrice de l'ordre public contractuel. La prévision de ces peines variées se retrouvent tant en droit pénal que dans les autres systèmes sanctionneurs. Si les peines secondaires soulèvent des problématiques communes, elles se distinguent dans leurs détails et leur variété en matière économique contractuelle.

⁸⁶⁰ Notamment depuis la généralisation de la responsabilité pénale des personnes morales, entrée en vigueur au 1^{er} janvier 2006.

⁸⁶¹ La dissolution n'est envisageable que pour les infractions prévues aux 2^e et 3^e alinéas de l'article 434-43.

Section 2. La classification questionnée des peines secondaires applicables en matière contractuelle.

244. Présentation Le panel de sanctions secondaires offert au juge pour punir les manquements contractuels dévoile sa pertinence au gré des exemples proposés. Véritables renforts et parfois même substitués aux peines de référence, les règles mises en œuvre pour s'assurer de leur exécution sont primordiales pour assurer une exécution effective des sanctions. Ainsi qu'il a déjà été constaté, le Code pénal octroie au juge une grande souplesse dans le choix de la sanction appropriée, lui laissant l'opportunité de choix des peines pour punir l'auteur d'une infraction, que ce soit dans le *quantum* ou même concernant le type de sanctions. Cette liberté est affirmée par les articles 131-11 et 131-18 du Code pénal, au sein desquels est proposée d'opter seulement pour une ou plusieurs des peines qui étaient prévues à titre complémentaire. Elles sont alors considérées comme des peines de substitution⁸⁶², remplaçant les peines principales prévues dans le texte d'incrimination⁸⁶³. Toutefois, l'intérêt apporté à ces peines secondaires se manifeste bien au-delà de la sanction pénale. Effectivement, des mesures semblables existent en matière administrative, et de façon modérée, en matière civile, rendant malaisée l'identification de la nature de ces sanctions. Tenter d'identifier la nature de la sanction infligée par le législateur ne se résume pas à une vaste entreprise de « *tétrapilectomie* »⁸⁶⁴, mais s'avère nécessaire afin de connaître le régime d'application de la sanction. La Cour de cassation s'attache donc à distinguer les peines complémentaires/secondaires des autres châtiments, les différenciant tour à tour des sanctions disciplinaires⁸⁶⁵ et des mesures à caractère réel⁸⁶⁶.

⁸⁶² E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.* n°1367 ; E. Bonis-Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, p.124, n°255 et s.

⁸⁶³ Évidemment, le recours à ce mécanisme entraîne l'exclusion de l'application de l'article 131-9 du Code pénal, comme le confirme la Cour de cassation dans un arrêt de 1994 (Cass. Crim., 9 nov. 1994, *Bull. crim.* n° 356. Voir également : J.-H. Robert, « La combinaison des peines de substitution et des peines complémentaires de même nature », *Dr. pén.* 1995, chron. 56).

⁸⁶⁴ Ou l'art de se couper les cheveux en quatre selon l'écrivain Umberto Eco et son groupe de pataphysiciens, *in Comment voyager avec un saumon*, Grasset, 1997.

⁸⁶⁵ La chambre criminelle s'attache notamment à rappeler que les sanctions disciplinaires d'interdiction d'exercer pour les notaires ne constituent pas des peines complémentaires. Elles ne peuvent donc pas faire l'objet d'un relèvement.

⁸⁶⁶ Les juridictions du fond ont régulièrement tenté d'inscrire en tant qu'infraction principale des mesures à caractère réel, telles que « la mise en conformité des lieux ou des ouvrages, la démolition de ces derniers ou la réaffectation des sols, prévues par l'article L. 480-5 du Code de l'urbanisme ». La Cour de cassation a alors été amenée à rappeler que ces sanctions constituent des infractions à caractère réel destinées à faire cesser une situation illicite et non des sanctions pénales » complémentaires, refusant ainsi de les soumettre au régime de l'article 131-10 du Code pénal (Cass. Crim., 15 janv. 2013, n° 12-84.666 : *JurisData* n° 2013- 001630). Par conséquent, il est impossible pour les personnes condamnées de bénéficier des mécanismes de droit pénal qui lui seraient favorables.

Pourtant, cette distinction devrait être facilitée en droit contractuel. S'il a pu être constaté que le droit pénal avait une place certaine dans le système répressif du non-respect des règles de droit des contrats, particulièrement en droit spécial⁸⁶⁷, le droit administratif n'est pas en reste, avec un développement sanctionnateur croissant des autorités administratives. À la faveur de l'étude des sanctions secondaires, le constat de l'essor des peines administratives ne fait aucun doute. Même si le pouvoir de sanction de l'administration n'est pas récent, puisqu'il remonte au début du vingtième siècle⁸⁶⁸, il s'est récemment renouvelé, la Loi HAMON l'étendant de façon considérable. Outre l'extension d'un pouvoir d'injonction confié aux agents de la DGCCRF, de réelles sanctions administratives secondaires existent

Il s'agit donc de s'intéresser aux peines secondaires « fulminées » en matière contractuelle, qu'elles se trouvent en droit pénal de droit commun, ou en droit de la consommation ou de pratiques restrictives de concurrence ; mais aussi d'examiner les sanctions secondaires en matière administrative. On constate alors une convergence progressive entre certaines sanctions administratives et pénales, lesquelles s'adaptent particulièrement au contexte du droit économique contractuel (I). Cependant, quelques différences persistent encore, que ce soit dans le choix des peines secondaires ou dans la fulmination de la sanction (II).

I. L'affichage et la diffusion, sanctions identiques adaptée au droit économique contractuel

245. Présentation. L'intérêt majeur des sanctions secondaires réside dans leur diversité, qui permet d'apporter une réponse personnalisée aux comportements malveillants commis par les contractants fautifs. Ces sanctions secondaires apportent une plus-value particulière en droit économique contractuel, nombre de ces peines étant singulièrement opportunes au regard des faits commis. Si cela se vérifie particulièrement en matière pénale, les sanctions administratives convergent de plus en plus vers des sanctions identiques. Dès lors, il peut arriver que des sanctions, qui s'inscrivent habituellement dans la catégorie de ces peines pénales, n'en aient pas la nature. De fait, certaines sanctions administratives existent en miroir des peines secondaires

V. sur cette question : E. Bonis-Garçon et V. Pelletier, « Un an de droit de la peine. – (Janvier – décembre 2013) », *Dr. pén.* 2014, chron. n°3 ; E. Dreyer, « Le ministère public peut-il requérir des sanctions non pénales devant une juridiction répressive ? », *JCP G* 2013, p.144.

⁸⁶⁷ En droit de la consommation et en matière de pratiques restrictives de concurrence..

⁸⁶⁸ La création du service de répression des fraudes fait suite à la loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications.

de droit pénal sans épouser tous leurs atours. En matière contractuelle, la réputation d'un contractant peut être déterminante des futurs contrats conclus et donc de la prospérité de l'agent économique, voire de sa survie. Avec l'instauration de la sanction de publicité, le législateur s'en prend à la réputation de l'auteur de l'infraction, laquelle est essentielle pour construire des relations contractuelles apaisées. En matière pénale, on assiste à une généralisation dans le prononcé de cette peine d'affichage et de diffusion (A). Le droit administratif n'est cependant pas en reste, et fait de la publication, notamment sur le site internet de la DGCCRF, une véritable sanction dissuasive (B).

A. La peine d'affichage et de diffusion, sanction quasi-automatique en matière pénale.

246. La publicité de la sanction, une peine infamante. Frauder la loi est une chose, l'assumer en est une autre. La publication de la décision prononçant la peine conduit à mettre en exergue la peine et son affliction à l'encontre d'un contractant malveillant. Humiliante, vexatoire à tout le moins, et portant atteinte à la réputation⁸⁶⁹, cette peine constitue un héritage des sanctions marquant le déshonneur, telles que la marque, le carcan ou l'encore l'exposition publique, pratiquées dans l'ancien droit⁸⁷⁰. Par l'affichage et/ou la diffusion de la décision, la société est doublement informée : d'une part, l'infraction pour laquelle la personne a été condamnée ne reste pas impunie, elle a donc une vocation pédagogique ; d'autre part, cette personne a été condamnée pour des faits particuliers, il n'est donc peut-être pas digne de confiance. En matière contractuelle, cette publicité, qualifiée de « sorte de version douce du pilori »⁸⁷¹ revêt un intérêt tout particulier : la connaissance de la commission d'infractions par le passé peut conduire les futurs contractants de l'auteur à ne pas contracter, ou au moins, à être plus vigilants. La dimension infamante est donc particulièrement importante et intéressante du point de vue du respect de l'équilibre des relations contractuelles.

247. Champ d'application et modalités. Dès lors, il ne faut pas s'étonner de la retrouver de façon quasi généralisée en droit contractuel. Que ce soit en matière d'escroquerie, d'abus de confiance, de filouterie, de pratiques commerciales trompeuses ou agressives, fraudes et

⁸⁶⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd. MAJ, 2020., p.426.

⁸⁷⁰ M.-L. Rassat, *Droit pénal général*, Ellipses, coll. Cours magistral, 4^e éd., 2017, p.547, n°519.

⁸⁷¹ Fr. Desportes et Fr. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.818, n°847.

falsifications, de ventes à la boule de neige ou encore de problèmes de facturation en droit de la concurrence, la peine complémentaire facultative d'affichage et de diffusion de la décision tient une place prépondérante⁸⁷². Cette peine peut s'effectuer de multiples façons : sur la porte du domicile du condamné, de l'entreprise ou de la juridiction, par voie de presse, par voie médiatique... La juridiction qui prononce la condamnation détermine le type de publicité, sa portée, sa durée⁸⁷³ et éventuellement son contenu⁸⁷⁴. Toutefois, le nom de la victime ne peut être indiqué qu'avec l'accord de cette dernière.

248. Sanction générale et sanction spéciale. *A priori* le singulier devrait primer pour cette peine secondaire d'affichage ou de diffusion de la décision. Toutefois, il apparaît qu'à côté de la peine secondaire classique générale prévue à l'article 131-35 du Code pénal, une autre peine similaire existe dans certaines situations, plus afflictive que la première. Cette sanction de publication spéciale se retrouve particulièrement en droit de la consommation. En matière de fraudes, le jugement peut imposer en plus la diffusion de plusieurs messages dont il définit lui-même les termes et les modalités pour une diffusion plus large⁸⁷⁵. La peine d'affichage ou de diffusion se dédouble donc afin d'assurer la publicité de la décision prononçant la sanction.

Ces sanctions d'affichage et de diffusion trouvent ainsi une place prépondérante comme peines secondaires en droit pénal contractuel. La menace de l'infamie suscitée par la sanction est supposée dissuader les auteurs d'agir. Si l'infraction est déjà commise, cela permet de prévenir les consommateurs et professionnels afin qu'ils contractent en toute connaissance de cause. On observe donc ici un double objectif fondamental à cette peine. Ce sont d'ailleurs les mêmes caractéristiques, avec les mêmes atouts, que l'on peut retrouver dans la sanction d'affichage et de diffusion en matière administrative

⁸⁷² Son application généralisée en droit contractuel ne s'étend pas aux mineurs, qui ne peuvent se voir infliger une telle peine.

⁸⁷³ En tout état de cause, la durée ne peut dépasser les deux mois.

⁸⁷⁴ Le juge détermine si la décision doit être publiée intégralement ou non.

⁸⁷⁵ C. consom., art. L.454-7.

B. La peine d'affichage et de diffusion, sanction favorisée en matière administrative.

249. Le développement croissant de la peine d'affichage ou de diffusion de la sanction. Madame Valérie MALABAT⁸⁷⁶, à propos de la multiplication des pouvoirs de sanction des autorités administratives, s'est inquiétée de constater que des autorités administratives indépendantes « *se voient octroyer le pouvoir de prononcer des peines, cette qualification étant en l'espèce celle employé par l'article 131-5 du Code pénal* ». En l'espèce, il s'agissait une nouvelle fois de la peine d'affichage ou de diffusion de la décision, prévue cette fois-ci à l'article 43 VII de la loi du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation des jeux d'argent et de hasard en ligne⁸⁷⁷ qui prévoit que cette sanction peut être prononcée dans certaines conditions par la commission des sanctions de l'Autorité de régulation des jeux en ligne. Cela démontrait déjà une certaine « *identité des sanctions prononcées en matière administrative et en matière pénale [qui] interroge évidemment sur la nature et le périmètre du droit pénal.* »⁸⁷⁸.

250. Une extension de la publication de la décision administrative en matière consumériste. Les réformes suivantes sont allées dans le sens d'un renforcement de la publicité de la sanction. Lors de l'introduction de la Loi HAMON⁸⁷⁹ et l'instauration des sanctions administratives en droit de la consommation pour régir les relations contractuelles, une partie de la doctrine s'est inquiétée de la visibilité de la peine qui en découlerait⁸⁸⁰. Les qualités de discrétion et de rapidité qu'on avaient pu caractériser à propos des sanctions administratives se retournaient contre l'objectif de protection des contractuels actuels ou futurs de l'auteur. En effet, l'article L.141-1-2, V du Code de la consommation (devenu l'article L.522-6 par l'entrée en vigueur de l'Ordonnance du 14 mars 2016) prévoit la possibilité de publier la décision aux frais de la personne sanctionnée, dont l'appréciation est laissée à l'autorité qui a puni l'auteur des faits. Il s'agit d'une simple possibilité et non une obligation de publier la décision aux frais de la

⁸⁷⁶ V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. – Diversification ou perte d'identité ? », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1 La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 75.

⁸⁷⁷ Loi n°2010-476 du 12 mai 2010, JO 13 mai.

⁸⁷⁸ V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. – Diversification ou perte d'identité ? », *op. cit.*

⁸⁷⁹ Le décret n°2014-1109 du 30 septembre 2014 a prévu les modalités de la publicité d'une décision administrative : elle peut s'effectuer par voie de presse, par voie électronique ou par voie d'affichage. La diffusion ou l'affichage peut porter sur tout ou partie de la mesure d'injonction ou communiqué informant le public du dispositif de cette mesure.

⁸⁸⁰ N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *op. cit.*

personne sanctionnée. Certes, la sanction de publication de la décision est prévue mais, comme pour les peines secondaires pénales, son prononcé est soumis à l'appréciation de l'autorité qui a puni l'auteur des faits.

251. Vers une publication automatique en droit de la concurrence. En matière concurrentielle, les conditions de l'application de cette sanction supplémentaire ont été introduites de manière identique à celles du droit de la consommation (C. com., art. L.470-2, V). Toutefois, afin de renforcer la répression des retards dans les délais de paiements des articles L.441-6 VI et L.443-1 du Code de commerce, la Loi Sapin II⁸⁸¹ prévoit désormais la publication automatique des décisions prononcées par l'autorité administrative. Tourné vers la lutte active contre ces comportements nuisant aux relations contractuelles, le législateur ne s'est donc pas contenté de relever le plafond de l'amende à 2 millions d'euros, il a généralisé la sanction secondaire de publication. Le site Internet de la DGCCRF procède donc à une publication exhaustive des décisions prononcées à l'encontre des personnes morales condamnées sous ce nouveau régime⁸⁸². Comme en matière pénale, le législateur mise sur l'effet stigmatisant, dissuasif et préventif de cette sanction afin d'assainir dans l'avenir les relations contractuelles.

252. Transition. L'identité entre sanctions secondaires pénales et administratives est pour l'instant limitée aux peines d'affichage et de diffusion, même si certaines peines secondaires sont souvent qualifiées d'administratives, comme les interdictions d'exercer. Cette promiscuité entre sanction pénale et sanction administrative questionne forcément l'intérêt de la distinction.

II. La persistance de différences dans les sanctions secondaires

253. Présentation. Les sanctions pénales secondaires restent plus diverses que les sanctions. Partant, chacun des deux domaines conserve des particularités. Si l'on peut constater une plus

⁸⁸¹ Loi Sapin II du 9 décembre 2016.

⁸⁸² <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/sanctions-delaix-paiement>.

grande variété en droit pénal (A), l'autorité administrative se découvre un pouvoir de sanction indirecte (B).

A. Des sanctions plus variées en droit pénal

254. Présentation. Les manquements contractuels constatés ont souvent pour but de s'emparer de quelque chose ; la confiscation présente alors un intérêt tout particulier, en ce qu'elle permet de s'emparer de l'objet du délit ou même de ce qui a servi à le commettre (1). Cette sanction n'est pas la seule à présenter un intérêt particulier en matière de droit économique contractuel. En effet, face aux comportements répréhensibles de certains auteurs, le juge peut décider de prononcer à son encontre des peines restrictives de capacité et de droit, l'empêchant pour l'avenir de réitérer l'infraction (2).

1. La confiscation, la privation de l'objet de l'infraction

255. Le champ d'application de la confiscation. Duale, la confiscation peut être générale ou spéciale. Toutefois, en matière de droit économique contractuel, seule nous intéresse la confiscation spéciale⁸⁸³. Fait particulier, le champ d'application de la confiscation s'avère particulièrement étendu. En effet, outre les cas où le texte la prévoit expressément, la peine de confiscation est également encourue de plein droit pour les crimes et les délits d'une peine d'emprisonnement « *d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse* ». Cela étend donc considérablement le champ d'action de cette sanction.

256. L'étendue de la confiscation. Parmi les biens pouvant être saisis, l'article 131-21 du Code pénal retient ceux ayant servi à commettre l'infraction ou qui étaient destinés à la commettre⁸⁸⁴, mais également « *tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime* »⁸⁸⁵. À titre d'exemple, en ce qui concerne l'infraction de fraudes et falsifications, le Code de la consommation prévoit la confiscation des marchandises, la confiscation du produit de la vente, des poids et instruments de mesure faux.

⁸⁸³ La confiscation générale, définie à l'article 131-21, al. 6 du Code pénal, s'applique de façon très restrictive. Des occurrences peuvent en être trouvées en matière de crimes contre l'humanité ou de trafic de stupéfiants.

⁸⁸⁴ C. pén., art. 131-21 al. 2.

⁸⁸⁵ C. pén., art. 131-21, al. 3.

En matière contractuelle, et particulièrement en droit de la consommation et de la concurrence, la confiscation pourra alors permettre au juge de priver l'auteur de l'infraction du produit direct ou indirect de l'infraction, qui s'avèrera très régulièrement être le profit réalisé ! De fait, cela constitue une sanction particulièrement efficace, puisque le contractant fautif ne retirera aucun bénéfice en cas de commission de l'infraction, ce qui devrait le dissuader. Il ne peut qu'être remarqué ici que cette idée renvoie à celle innervant l'amende proportionnelle : priver l'auteur de l'infraction du profit réalisé⁸⁸⁶. Antérieure à l'amende proportionnelle en droit économique contractuel, la confiscation apparaît de façon moins claire dans la loi. Ceci explique d'ailleurs pourquoi il s'est avéré nécessaire de recourir à l'amende pénale proportionnelle.

Quoi qu'il en soit, la peine de confiscation n'en demeure pas moins non seulement dissuasive, mais également préventive. Effectivement, par le retrait des biens ayant conduit à la réalisation de l'infraction, le juge s'assure que le contractant fautif ne répétera pas ses méfaits⁸⁸⁷. Petite particularité qu'il apparaît nécessaire de rappeler : c'est la nature duale même de la sanction de confiscation : car si elle est bien fulminée par le juge pénal, certains auteurs considèrent qu'elle n'est finalement qu'une forme particulière de sanction administrative⁸⁸⁸, tout comme d'ailleurs certaines peines restreignant la capacité et les droits de l'auteur.

2. Les restrictions de capacité et de droits, peines touchant la personne de l'auteur.

257. Présentation. Le droit pénal s'est doté de peines secondaires qui disposent d'un intérêt particulièrement intéressant en matière économique, même si leur application n'y est pas exclusive. Il s'agit des restrictions de capacité et de droits, qui vont permettre au juge pénal de limiter, de manière permanente ou non, les pouvoirs d'action de la personne condamnée. Par ces sanctions, le législateur entend non seulement punir l'auteur pour l'infraction commise, mais également et surtout protéger les personnes qui auraient pu être mis en relation avec l'auteur. Cela permet d'éviter la récidive et de protéger les futurs contractants de conclure un contrat

⁸⁸⁶ Ce qui a été critiqué par une partie de la doctrine, dont Monsieur Emmanuel Dreyer. Cf. E. Dreyer, « Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », *in* Dossier : « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133.

⁸⁸⁷ Dans la limite bien entendu de toute procuration ultérieure de nouveaux biens.

⁸⁸⁸ V. not. Maryse Deguergue, « Chapitre XIII. Santé », *in* BETAILLE Julien, CHOUKI Dalila, COURTAIGNE-DESLANDES Coralie, DEGUERGUE Maryse, LANGELIER Elise et al., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017, sp. p.285.

avec une personne déjà condamnée dans un domaine économique. Plusieurs types de restrictions existent : d'une part, les restrictions de capacité peuvent entraîner des conséquences définitives, avec la disparition de la personne condamnée (a). D'autre part, les autres restrictions visent seulement à empêcher l'individu condamné d'exercer une profession en lien avec l'infraction commise (b).

a. Les restrictions de capacité

258. Présentation. La commission de certaines infractions, particulièrement en matière contractuelle, peut nécessiter la mise à l'écart de la personne de certaines activités professionnelles (ii). Parfois, le juge va encore plus loin en décidant de la fermeture de l'établissement ou même de la dissolution de la personne morale (i).

i. Les sanctions emportant disparition de la structure

259. La dissolution de la personne morale, sanction ultime S'il est une peine qui tient sa place au sein des peines principales, c'est avec évidence la dissolution de la personne morale. Il s'agit ni plus ni moins que de la sanction ultime pour le contractant fautif, comparable à la peine de mort heureusement abolie pour les personnes physiques⁸⁸⁹. La prudence du législateur, qui ne la prévoit qu'assez restrictivement, est d'autant plus compréhensible.

260. Un champ d'application restreint. La dissolution de la personne morale est d'abord restreinte par l'article 131-39 1° du Code pénal lui-même, qui prévoit que cette peine ne peut s'appliquer que « *lorsque la personne morale a été créée ou, lorsqu'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni en ce qui concerne les personnes physiques d'une peine d'emprisonnement supérieure ou égale à trois ans, détournée de son objet pour commettre les faits incriminés* »⁸⁹⁰. Une partie de la doctrine s'interroge sur l'intérêt de cette sanction. En effet, si la personne morale a été créée dans le but de commettre les faits incriminés, alors il s'agirait plutôt de constater l'inexistence de cette société, dont l'objet statutaire serait nul⁸⁹¹ et la sanction aurait alors essentiellement un rôle symbolique. À l'inverse, si la personne morale a été détournée de son objet, elle serait alors plutôt victime des personnes

⁸⁸⁹ La peine de mort a été abolie en 1981 à l'initiative de Monsieur Robert Badinter, alors Garde des Sceaux. R. Badinter : « Pour que la justice française ne soit plus une justice qui tue », Discours, 17 sept. 1981.

⁸⁹⁰ Code pénal, art. 131-39. Cf. également, pour la mise en œuvre de cette dissolution : Code pénal, art. 131-45.

⁸⁹¹ M.-L. Rassat, Droit pénal général, Ellipses, coll. Cours magistral, 4^e éd., 2017, p.540-541, n°513.

y ayant procédé. Finalement, il faudrait, pour Monsieur Emmanuel DREYER, « admettre que le législateur a souhaité permettre de sanctionner là une personne morale qui choisit d'agir en dehors de son objet social pour commettre des infractions à son profit »⁸⁹².

La mise en œuvre de la dissolution est en outre limitée par un champ d'application restreint de cette sanction. Il faut ici rappeler que le juge n'est pas totalement libre dans le prononcé des peines secondaires : ainsi que le commande le principe de légalité, nulle peine ne peut être prononcée sans avoir été prévue par un texte, et les peines secondaires ne font pas exception à la règle. Dès lors, le juge ne pourra sanctionner l'auteur d'une « infraction contractuelle » que dans la limite des peines secondaires inscrites dans le texte d'incrimination. Or, la dissolution n'est prévue que de façon parcimonieuse par les textes sanctionnant une faute contractuelle. En la matière, elle ne se retrouve que dans les infractions présentes dans le Code pénal, à savoir l'escroquerie et les infractions voisines l'abus de faiblesse ou l'abus de confiance.

261. La fermeture d'établissement. Plus large est l'application de la peine de fermeture d'établissement, qui est prévue tant à l'égard des personnes morales⁸⁹³ que des personnes physiques. Si on en retrouve application pour les mêmes infractions que pour la dissolution, que ce soit pour les personnes physiques ou morales dans le Code pénal, la fermeture d'établissement se retrouve de façon systématique pour sanctionner les personnes morales en droit de la consommation. La fermeture d'établissement, prévue à l'article 131-33 du Code pénal, emporte interdiction d'exercer dans l'établissement l'activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise, pour une durée de 5 ans au maximum ou définitive. Il peut alors s'agir d'une fermeture partielle si plusieurs activités y sont exercées et que certaines d'entre elles ne sont pas touchées par l'infraction punie. Cette sanction, si elle a l'avantage de préserver les futures relations contractuelles et l'équilibre du marché, emporte néanmoins plusieurs critiques. Tout d'abord, elle risque d'entraîner des conséquences pour les personnes liées à l'établissement (le propriétaire et/ou les salariés⁸⁹⁴). Ensuite, la personne punie de cette peine n'est pas

⁸⁹² E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1261, n°1638 et s.. Cependant, comme le soulève G. Royer, « chaque fois qu'une personne morale commet une infraction, elle est détournée de son objet social qui, par définition, ne saurait être illicite » (G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2009, p.155, n°140).

⁸⁹³ C. pén., art. 131-39.

⁸⁹⁴ Le législateur prévoit parfois néanmoins que la fermeture temporaire de l'établissement ne peut entraîner ni rupture ni suspension du contrat de travail, ni aucun préjudice à l'encontre des salariés concernés. En outre, en cas de fermeture définitive, les salariés peuvent prétendre à des dommages et intérêts spécifiques (CPI, art. L.335-5, L.521-4 et L.716-11-1).

empêchée d'exercer cette même activité ailleurs ou d'exercer d'autres activités dans le même établissement. Cela tempère fortement l'intérêt que pourrait recevoir cette sanction.

Cependant, si la fermeture d'établissement est associée à une ou plusieurs incapacités professionnelles, elle retrouve en partie son intérêt.

ii. Les sanctions restreignant l'activité

262. Deux peines de restrictions professionnelles. Deux peines secondaires restreignent la capacité juridique des personnes physiques et morales condamnées en amputant leurs capacités professionnelles. Ce sont les peines des articles 132-27 al. 1 et al. 2. La première disposition concerne l'interdiction d'exercer une fonction publique ou d'exercer une activité professionnelle ou sociale. Elle est soit définitive, soit d'une durée maximale de 5 ans. Quant à la seconde incapacité professionnelle, elle consiste en « *l'interdiction d'exercer une profession commerciale ou industrielle, de diriger, d'administrer, de gérer ou 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* ». Elle est soit définitive, soit contenue dans un délai ne pouvant pas dépasser 10 ans.

263. Deux peines, des modalités communes. Malgré des interdictions différentes, ces deux peines comportent de grandes similitudes. Toutes deux sont exclues dès lors que la fonction consiste en l'exercice d'un mandat électif ou des responsabilités syndicales, ou encore en matière de presse⁸⁹⁵. Très souvent, ces peines sont limitées à l'activité dans le cadre de laquelle l'infraction a été commise et leur cumul est en outre possible, comme le confirment nombre d'articles du Code de la consommation, qui prévoient très régulièrement ces seules peines complémentaires à l'égard des personnes physiques⁸⁹⁶. Il s'agit en outre d'exclure des personnes ayant mis en jeu « le bon fonctionnement économique » du monde des affaires, pour une durée plus ou moins longue et ainsi d'une façon d'assainir le marché pendant un certain temps, en empêchant le contractant fautif d'y tenir un rôle pendant une durée déterminée⁸⁹⁷. Ces sanctions

⁸⁹⁵ C. pén., art. 131-27, al.3.

⁸⁹⁶ Ces sanctions se retrouvent pour réprimer les auteurs de pratiques commerciales trompeuses, de ventes à la boule de neige, d'abus de faiblesse, d'infractions relatives aux contrats conclus hors établissement ou relatifs à des biens à temps partagé...

⁸⁹⁷ Il est cependant possible d'opposer à ces sanctions leur impact négatif sur la réinsertion du condamné, étant donné qu'elles l'empêchent d'exercer une activité pour laquelle il est formé.

ont donc une vraie raison d'être en matière contractuelle, puisqu'elles jouent aussi un rôle préventif. Elles permettent d'avoir une confiance accrue dans le système économique, favoriser les échanges, puisque les contractants savent que les auteurs d'infractions peuvent être écartés du jeu contractuel pendant un certain temps.

264. Transition. D'autres peines secondaires, restrictives de droits, vont également dans le sens d'une meilleure régulation du marché et d'une plus grande prévention des manquements.

b. Les restrictions à l'exercice de certains droits

265. Présentation. L'idée de protection du marché et des contractants par le prononcé de sanctions prend encore tout son sens en matière de peines secondaires restrictives de droits. En effet, entre l'interdiction d'émission de chèques, l'exclusion des marchés publics et la surveillance judiciaire, l'aspect préventif domine dans ces sanctions prévues de façon assez systématique en droit contractuel.

266. L'exclusion des Marchés publics. Le but de l'exclusion des marchés publics prévue à l'article 131-34 du Code pénal s'inscrit dans la droite lignée des restrictions professionnelles. En vue de protéger la régularité et l'intégrité des marchés, l'auteur se voit empêché « de participer, directement ou indirectement, à tout marché conclu par l'État et ses établissements publics (...) »⁸⁹⁸. De plus, cette sanction a un caractère punitif certain, car pour certaines entreprises, l'impossibilité de souscrire à des marchés publics peut nuire considérablement à leur viabilité (entreprises du bâtiment, de BTP, etc.). Prévue pour les personnes physiques et les personnes morales, son application frappe surtout ces dernières, rares étant les personnes physiques s'engageant à titre personnel dans un contrat de marché public. La durée de l'interdiction est au maximum de 5 ans⁸⁹⁹.

267. Le placement sous surveillance judiciaire. Sanction exclusivement prévue à l'encontre des personnes morales, la peine de placement sous surveillance judiciaire consiste en la désignation d'un mandataire de justice en vue de l'accomplissement d'une mission, qui ne peut porter que sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction

⁸⁹⁸ C. pén., art. 131-34.

⁸⁹⁹ L'interdiction peut être définitive à l'égard des personnes morales.

a été commise⁹⁰⁰. Traduisant un véritable manque de confiance à l'égard de la personne morale condamnée, un tiers doit vérifier le respect des normes et faire un rapport tous les six mois au minimum au juge de l'application des peines à propos de l'accomplissement de sa mission⁹⁰¹. Son prononcé vient assurer une meilleure protection des droits des contractants par cette sorte de « mise sous tutelle » de la personne morale condamnée.

268. L'interdiction d'émission de chèques et d'utilisation d'une carte de paiement.

Autre peine dénotant un manque de confiance à l'encontre de l'auteur de l'infraction, l'interdiction d'émission de chèques et d'utilisation d'une carte de paiement est prévue pour les personnes physiques et pour les personnes morales. D'une durée maximale de 5 ans, ces interdictions prévues aux articles 131-19 et 131-20 du Code pénal traduisent une méfiance à l'égard du contractant fautif et vise à l'empêcher d'émettre des chèques et d'utiliser des cartes pour éviter la commission d'autres infractions. Cette peine s'avère néanmoins très sévère, tant les relations marchandes se matérialisent aujourd'hui par ces deux mécanismes. Eu égard aux comportements réprimés, l'application aux personnes physiques semble ici la plus pertinente.

269. Transition. Si de nombreuses sanctions répressives se ressemblent, même au niveau des peines secondaires, l'administration dispose quant à lui d'un pouvoir de sanction qui lui est propre.

B. L'émergence de sanctions indirectes propres de l'administration

270. Présentation. Le pouvoir de sanction de l'administration n'est plus à démontrer mais il étonne toujours, surtout au regard de l'impact que peuvent avoir ses décisions sur les auteurs, sans que cela n'entraîne de critiques. Ainsi en est-il du pouvoir d'intervention de l'administration, mesure procédurale assimilée à une sanction (1). En outre, assez curieusement, sans que cela n'émeuve la doctrine, un nouveau type de sanction *sui generis* est apparu dans le domaine administratif : la mise en transparence des comptes-rendus sanitaires. Or, il s'agit bien d'une conséquence d'un non-respect des dispositions législatives par le professionnel. L'étude

⁹⁰⁰ C. pén., art. 131-46.

⁹⁰¹ Au vu des rapports effectués, le juge décide s'il doit prononcer une nouvelle peine ou relever le mandataire de sa mission.

de cette mise en transparence trouve dès lors sa place dans cette étude consacrée aux sanctions administratives supplémentaires (2).

1. Le pouvoir d'intervention contenu de l'administration

271. Des sanctions administratives relativement anciennes. Nombre de commentateurs de la Loi HAMON de 2014 ont évoqué l'instauration de sanctions administratives dans le droit de la consommation comme une nouveauté⁹⁰². Pour autant, la sanction pécuniaire instaurée il est vrai par cette loi de 2014 n'est pas la seule à exister en matière administrative. L'autorité administrative dispose en effet d'un pouvoir d'intervention – appelé parfois pouvoir d'exécution⁹⁰³ – dans certaines situations. Particulièrement développées en matière de fraudes et falsifications⁹⁰⁴.

272. Des mesures procédurales assimilées à des sanctions. Prévues aux articles 512-29 et suivants du Code de la consommation, ces sanctions, considérées comme des mesures d'urgence, permettent de procéder à des saisies et confiscations, sans aucune autorisation judiciaire, des marchandises non-conformes à la réglementation et dangereuses pour la santé ou la sécurité des consommateurs⁹⁰⁵. Une ordonnance du 9 juillet 2004⁹⁰⁶ a accru les sanctions administratives supplémentaires envisageables dans le cadre d'atteinte à la sécurité des produits, prévoyant la possibilité pour les autorités administratives le pouvoir d'ordonner toutes mesures correctives⁹⁰⁷⁹⁰⁸ ou encore la possibilité d'ordonner la suspension de la mise sur le marché, le retrait, le rappel ou même la destruction de produits dangereux⁹⁰⁹. Enfin, le préfet peut, en cas

⁹⁰² V. notamment N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation, *RDC* 2014, p.471 ; Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, op. cit., n°10 ; V. Cadoret, J. Grandmaire, F. Sergent, G. Toussaint-David et F.-L. Simon, « Vade-mecum de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite “Loi HAMON” », *LPA* 2014, p. 4.

⁹⁰³ J. Calais-Auloy, « Les sanctions en droit de la consommation », *Mélanges Bernard Bouloc – Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 75 et s.

⁹⁰⁴ Loi du 1^{er} août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, modifiée par la Loi du 10 janvier 1978 et celle du 21 juillet 1983.

⁹⁰⁵ Le produit concerné doit entrer en violation avec les lois et règlements qui posent des obligations particulières de sécurité.

⁹⁰⁶ Ordonnance du 9 juillet 2004, transposant en droit français la Directive communautaire du 3 décembre 2001 relative à la sécurité générale des produits.

⁹⁰⁷ C. consom., art. L. 218-3 (dans sa rédaction antérieure à la refonte du Code de la Consommation de mars 2016).

⁹⁰⁸ Parmi ces mesures correctives, les autorités administratives peuvent imposer aux entreprises un renforcement des auto-contrôles, de actions de formation du personnel, ou encore la réalisation de travaux ou d'opérations de nettoyage. Cf. J. Calais-Auloy H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Précis Dalloz, 10^e éd., 2020, n°686 et s.

⁹⁰⁹ C. consom., art. L.218-4 (dans sa rédaction antérieure à la refonte du Code de la Consommation de mars 2016).

de risque majeur lié à des produits dangereux, aller jusqu'à prononcer la fermeture de l'établissement ou la cessation d'une ou de plusieurs activités de l'entreprise. Par conséquent, dans le but de préserver les consommateurs d'acquiescer des produits dangereux, le préfet se voit confier les mêmes pouvoirs qu'un juge pénal. Que ce soit la confiscation et plus remarquablement la fermeture d'un établissement, les dispositions de l'article 131-39 du Code pénal résonnent fortement. Destinées à protéger la sécurité et la santé des consommateurs, les droits de la personne responsable s'en trouvent corrélativement atteints, étant donné que toutes les garanties propres au prononcé des sanctions pénales ne semblent pas réunies. Elles apparaissent alors comme des « sanctions d'urgence » lorsque la sécurité et/ou la santé des consommateurs est en jeu, même si elles sont en réalité considérées comme des mesures procédurales.

273. Transition. Ces « *sanctions d'urgence* » prises par l'autorité administrative se doivent d'être d'application assez restreinte puisque les conditions de garantie des droits de la défense ne peuvent pas y être correctement garantis. En revanche, plus originale est une sanction d'affichage d'une nature particulière : la mise en transparence des comptes-rendus sanitaires effectués par l'administration.

2. L'exemple de la mise en transparence des comptes rendus officiels en matière sanitaire.

274. Origine de la mesure. A la faveur d'une loi du 13 octobre 2014⁹¹⁰ relative à l'agriculture et à l'alimentation, le législateur a souhaité instaurer une plus grande transparence dans les contrôles sanitaires réalisés notamment dans le secteur de l'alimentation⁹¹¹. Par suite, un décret en date du 18 février 2015 est venu aménager une expérimentation de la « mise en transparence des résultats des contrôles officiels en sécurité sanitaire des aliments »⁹¹². Contenue tant dans

⁹¹⁰ Loi n°2014-1170 du 13 octobre 2014 d'avenir pour l'agriculture, l'alimentation et la forêt. L'article 45 de cette loi modifie l'article L.231-1 du Code rural et de la pêche maritime qui prévoit en son 6° la publication des « résultats des contrôles effectués en application du plan national de contrôles officiels pluriannuel ».

⁹¹¹ Cet article concerne la sécurité sanitaire des aliments dans les établissements agroalimentaires, y compris les commerces de détail. V. « Expérimentation de la mise en transparence des résultats des contrôles officiels en restauration commerciale à Paris et Avignon », <http://agriculture.gouv.fr/transparence-des-contrôles-officiels-en-restauration-commerciale>, 9 févr. 2016.

⁹¹² Décret n°2015-189 du 18 février 2015 relatif à l'expérimentation de la mise en transparence des résultats des contrôles officiels en sécurité sanitaire des aliments dans le secteur de la restauration commerciale à Paris et Avignon ».

son domaine d'action que dans la zone géographique, cette expérimentation a eu lieu dans le secteur de la restauration commerciale à Paris et Avignon, deux villes choisies pour leur vitalité touristique⁹¹³.

275. Dispositif de la mesure : une sanction qui ne dit pas son nom. La mise en transparence des comptes-rendus des services sanitaires consiste en la publication sur le site Internet du ministère de l'Agriculture des résultats du contrôle réalisés. Toutefois, il ne s'agit pas d'en publier l'intégralité, le but de cette transparence étant d'être facilement compréhensible et visible pour le consommateur, futur contractant du restaurateur. Le choix a été fait de noter les commerces selon un système de mention : niveau d'hygiène « bon », « acceptable » ou « à améliorer »⁹¹⁴.

Cette divulgation des résultats de contrôles sanitaires rappelle la sanction de publication et d'affichage. Pour autant, elle ne semble pas considérée comme telle. De fait, aucun mécanisme de contradictoire ne semble envisagé. Seul un éventuel contrôle postérieur pourra permettre une révision de l'appréciation. Or, la fréquence des contrôles est très faible, la plupart des établissements de restauration n'étant contrôlés en moyenne que tous les trois ans⁹¹⁵. Même si, contrairement à la volonté d'associations de consommateurs, les restaurateurs ne seront pas tenus d'afficher les résultats de ces contrôles sur leurs devantures⁹¹⁶, la mise en ligne sur l'Internet pourrait entraîner des conséquences néfastes pour les futures relations contractuelles. D'ailleurs, l'UMIH (Union des Métiers et de l'Industrie de l'Hôtellerie) s'inquiète du risque de stigmatisation dont pourraient être victimes les restaurateurs à la suite de cette publication, la mention la plus basse risquant de « jeter l'opprobre et la suspicion sur des établissements pendant des années »⁹¹⁷. Avec le développement des réseaux sociaux et des sites où les clients partagent leurs avis⁹¹⁸, l'utilisation parfois peu heureuse d'Internet fait craindre des campagnes de dénigrement et des réputations pouvant être mises à mal. À terme, cela entraînerait la

⁹¹³ Ministère de l'Agriculture, « Foire aux questions sur la transparence des contrôles en restauration commerciale », <http://www.agriculture.gouv.fr>, 29 juin 2015.

⁹¹⁴ D. n°2015-189 du 18 février 2015, art. 4.

⁹¹⁵ Ministère de l'Agriculture, « Foire aux questions sur la transparence des contrôles en restauration commerciale », *op. cit.*

⁹¹⁶ La volonté d'affichage des pictogrammes sur les devantures par les associations de consommateurs (dont la CLCV) s'inspire de ce qui existe déjà dans plusieurs villes du monde et pays, dont le Danemark et la ville de New York.

⁹¹⁷ V. not. E. Royer, « Restauration – Réglementation sanitaire – Plus de transparence des résultats », *Juris tourisme* 2015, p.7.

⁹¹⁸ Tel que le site Internet *Tripadvisor*.

diminution, voire la disparition, des futures relations contractuelles. Si le ministère de l'Agriculture souhaite rassurer les consommateurs qui craindraient de passer la porte d'un établissement affublé d'une mauvaise appréciation en affirmant que l'existence de risques majeurs pour la santé entraînerait la fermeture de l'établissement⁹¹⁹, l'impact visuel des pictogrammes a un effet dissuasif assez immédiat. Le but est d'ailleurs que les professionnels prennent en compte ce risque afin qu'ils recherchent l'attribution de la meilleure mention en améliorant leurs conditions d'hygiène⁹²⁰.

La nature de cette publication interroge. Publiée par une autorité administrative, elle s'apparenterait logiquement à une sanction administrative privée de tout recours et de contradictoire. La divulgation du non-respect de certaines règles d'hygiène en matière d'alimentation⁹²¹, justifiée par l'information des consommateurs, s'avère être une sanction déguisée pour l'auteur des faits. Certes, cette publication peut avoir pour les professionnels les mieux notés un aspect particulièrement bénéfique mais, pour les autres, la sanction se révèle tout aussi certaine. En outre, le respect d'un équilibre concurrentiel entre les différents professionnels ne semble pas pouvoir être assuré et le contrôle progressif des restaurateurs « va créer une distorsion de concurrence entre eux »⁹²², certaines évaluations d'établissements proches pouvant avoir lieu à plusieurs années d'intervalle.

276. La généralisation de la publication à venir. Pour faire suite à cette phase d'expérimentation⁹²³, un décret a été pris par le Premier ministre le 17 décembre 2016 décret afin de généraliser la mise en œuvre de la transparence des contrôles à tout le territoire et à tout le secteur de l'alimentation. Désormais, les articles D231-3-10 et suivants du Code rural et de la pêche maritime élargissent ce dispositif à tout le territoire. Une modification a été réalisée par

⁹¹⁹ Et non plus seulement un mauvais pictogramme. Cf. Ministère de l'agriculture, « Foire aux questions sur la transparence des contrôles en restauration commerciale », *op. cit.*

⁹²⁰ Cela semble fonctionner puisque, que ce soit dans le cadre de la phase d'expérimentation française ou des retours des mises en place qui ont eu lieu ailleurs dans le Monde, il est possible de constater une amélioration sensible des conditions d'hygiène partout où ce système a été mis en place. Cf. R. Sulmont et L. Farge, « Restaurant : les notes des contrôles sanitaires bientôt publiques », *RTL*, 10 mai 2016.

⁹²¹ Cf. article L.231-1 du Code rural et de la pêche maritime.

⁹²² Comme le remarque Jean Terlon, vice-président de L'UMIH, in « D. Bancaud, « Pourquoi les restaurateurs ne digèrent pas la publication des contrôles sanitaires », *20 minutes*, 4 juill. 2016.

⁹²³ Le ministère de l'Agriculture a publié en février 2016 un premier rapport relatif à l'expérimentation à Paris et Avignon. Il en ressort que sur les 11% d'établissements parisiens contrôlés durant les six mois de la phase test, seuls 34% ont un niveau d'hygiène « bon » et 8% ont un niveau « à améliorer ». Les résultats avignonnais sont meilleurs, le niveau d'hygiène « bon » s'élevant à 62%. (V. « Expérimentation de la mise en transparence des résultats des contrôles officiels en restauration commerciale à Paris et Avignon », <http://agriculture.gouv.fr/transparence-des-contrôles-officiels-en-restauration-commerciale>, 9 févr. 2016 ; « Hygiène des restaurants à Paris : de quoi vous couper l'appétit », *AFP*, 16 févr. 2016).

rapport à l'expérimentation car il y a désormais 4 niveaux : niveau d'hygiène très satisfaisant, niveau d'hygiène satisfaisant, niveau d'hygiène à améliorer et niveau d'hygiène à corriger de manière urgente. L'exploitant de l'établissement sera informé de sa note et aura 15 quinze jours pour présenter ses observations avant la publication. Il s'agit donc bel et bien d'une sanction d'affichage particulière en droit économique contractuel.

Aussi, l'accroissement constant des sanctions supplémentaires administratives ne fait aucun doute, venant jeter un peu plus le trouble quant à la réelle nature des peines proposées. Malheureusement, l'impression de confusion ressort également de la matière administrative, qui se dote aussi de certaines sanctions secondaires.

277. Conclusion de section. La tendance constatée en matière de sanctions principales de références se révèle juste en matière de peines secondaires : les sanctions pénales et les sanctions administratives se ressemblent de plus en plus la question se pose de savoir ce qui différencie encore les unes des autres, C'est particulièrement le cas en matière de sanctions secondaires où les peines de confiscations et d'affichages pourraient être confondues. Quelques différences persistent néanmoins, particulièrement au regard de la variété des sanctions, plus diversifiée en droit pénal.

278. Conclusion du Chapitre. « *Que retenir de tout cela, sinon l'impression d'un grand désordre et l'existence de nombreuses incertitudes* »⁹²⁴. Ce constat énoncé par le Monsieur le Professeur Calais-Auloy à propos des sanctions en droit de la Consommation se transpose aisément à la thématique plus large de la sanction du contrat. Au gré des développements de ce chapitre, une chose est certaine : à l'exception de quelques-unes d'entre elles très caractéristiques comme la peine d'emprisonnement, il est impossible de faire correspondre automatiquement une sanction à sa nature.

La « révolution par la sanction » engagée par le législateur par la loi du 17 mars 2014 bouleverse profondément le paysage du droit économique contractuel. Révolution tranquille, passée quasi inaperçue derrière l'écran que formaient d'autres réformes plus médiatiques, à l'instar de l'action de groupe, l'utilisation de la sanction comme arme de protection du contrat ne sera pas sans conséquences sur les acteurs du contrat. La diversification en vue d'une meilleure effectivité

⁹²⁴ J. Calais-Auloy, « Les sanctions en droit de la consommation », *Mélanges dédiés à Bernard Bouloc – Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 75.

traduit une réelle volonté de préservation de l'Ordre public contractuel et de l'équilibre des contrats. Mais qu'en déduire au regard de la protection du contrat et de ses acteurs ? La protection de l'ordre public contractuel est recherchée à plus d'un titre et il ne peut être reproché au législateur son manque d'inventivité et d'ingéniosité à mettre en place des sanctions diversifiées, afin de répondre de manière adéquate aux comportements fautifs commis par les contractants malveillants.

279. Conclusion du TITRE 2. De l'utilisation de la sanction civile à la sanction pénale en passant par la sanction administrative, le législateur, tout en souhaitant encadrer de la plus stricte des manières le droit contractuel, en vient à faire œuvre de création compulsive et hasardeuse en matière de sanctions, ce qui peut laisser fort perplexe. L'objectif de protection est indéniable, et on ne peut que louer cette volonté du législateur de tout mettre en œuvre pour préserver l'équilibre des relations contractuelles. Mais le trop est souvent l'ennemi du bien. Au gré des développements apparaissent tant de sanctions qui se regardent parfois en miroir, que cela pourrait rappeler le monstre, créature du Docteur Frankenstein. On ne peut que constater, médusé, le poids conséquent qu'il a pris au cours du temps, devenant petit à petit indépendant et incontrôlable⁹²⁵. Une superposition de sanctions, dont la nature varie au gré des interventions législatives et des décisions des juges, conduit à des interrogations légitimes quant à l'applicabilité du droit contractuel et de fait, à sa prévisibilité. Car, au-delà de l'existence de nombreuses sanctions, c'est leur mise en cohérence qui se pose. Chacune d'entre elles prise isolément peut avoir un impact sur l'ordre public contractuel et plus spécifiquement sur l'équilibre des relations contractuelles. Mais la question de leur articulation reste floue. En outre, si la protection de l'ordre public contractuel est impérative, il n'en demeure pas moins que sont en jeu des relations contractuelles spécifiques, impliquant des contrats en cours et des contractants victimes, oubliées de toutes ces sanctions. L'objectif de leur protection par la sanction non civile semble inachevé.

280. Conclusion PARTIE 1. La multiplicité des sanctions proposées par le législateur en droit économique contractuel conduit à s'intéresser à vouloir s'arrêter un instant et contempler le visage de la sanction qui se présente. Diverse dans sa nature, elle l'est aussi dans son *quantum* et dans les personnes susceptibles de la prononcer. Les conséquences, seront également très

⁹²⁵ Cf. Mary Shelley, *Frankenstein ou le Prométhée moderne*, Gallimard, coll. "Bibliothèque de la Pléiade" n°599, in *Frankenstein et autres romans gothiques* (anthologie), 2005.

variées, puisqu'elles impliqueront tantôt les auteurs, tantôt les contrats et, quelques fois, les victimes. Cette diversité toujours renouvelée de la sanction en droit économique contractuel, bousculant les matières en introduisant le droit pénal puis le droit administratif, modulant des concepts avec l'amende proportionnelle, multipliant les qualifications apportées à certaines sanctions (l'amende, l'affichage, etc.) nous conduit à considérer que le législateur s'est montré si inventif qu'il en a oublié de s'arrêter un instant pour contempler son œuvre. S'il prend du recul, il constatera l'imbroglia qu'il a créé dans un but d'efficacité du droit économique et de protection du marché. L'intention, louable, ne suffit pas à construire un ensemble cohérent. Dans une optique de remise en perspective pour lui donner du sens, il convient de procéder à l'impératif remodelage de la sanction en droit économique contractuel.

PARTIE 2. L'IMPERATIF REMODELAGE DE LA SANCTION EN DROIT ECONOMIQUE CONTRACTUEL

281. Présentation. À travers l'étude de la législation actuelle en matière économique contractuelle, le constat de la prééminence des sanctions administratives et pénales, et plus généralement de la sanction non civile, s'impose. Le législateur fait le choix de plus en plus récurrent et assumé de protéger le contractant et/ou la relation contractuelle par des mécanismes autres que civils. La sanction non civile investit donc de plus en plus le droit spécial des contrats, en particulier en droit de la consommation et en droit de la concurrence, ouvrant le champ du contrat à des acteurs toujours plus divers. Or, ces sanctions de différentes natures coexistent aujourd'hui plus qu'elles ne cohabitent. Une meilleure cohésion entre elles, particulièrement entre les sanctions non civiles et civiles, devrait permettre d'aboutir à un droit des contrats plus cohérent, notamment dans les liens entre le prononcé des sanctions pénales ou administratives et le prononcé des sanctions civiles ». Néanmoins, pour y parvenir, il est indispensable de revenir à l'essence même de ces sanctions. On ne peut bien appliquer une règle que si on la connaît parfaitement. Or, la notion seule de sanction pose de nombreuses difficultés de définition. Pourtant, ce n'est qu'au prix du retour aux sources de la sanction qu'il sera envisageable de mieux connaître les différentes sanctions existantes essentielles. Si l'on comprend que le législateur ne s'est pas exercé à cette tâche, il a tout de même dû justifier le recours aux sanctions non civiles en droit économique contractuel. C'est ainsi qu'apparaît la question de la procédure, ou plutôt des procédures. Outre le constat d'échec des réformes législatives précédentes, chaque nouvelle construction législative fait état de problèmes procéduraux patents : la complexité des procédures, la lenteur de la justice, la crainte d'agir, l'inefficacité de la procédure pénale... Autant d'éléments qui conduisent le législateur à se montrer toujours plus inventif en matière de sanctions. « *L'idée selon laquelle le droit substantiel, s'il n'est pas protégé par un procès civil effectif, n'est rien et perd sa substance, s'affirme de plus en plus nettement* »⁹²⁶ pour Mesdames Cécile CHAINAIS et Dominique FENOUILLET. En effet, une bonne

⁹²⁶ CHAINAIS Cécile, FERRAND Frédéric, MAYER Lucie et GUINCHARD Serge, Procédure civile, *Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, Précis, 35e éd., 2020, p. 27, n°35.

corrélation entre des règles de droit substantiel pertinentes et des règles de mise en œuvre procédurales adéquates apparaît donc indispensable afin de disposer d'un droit économique contractuel efficace et efficient. Le soutien de la procédure est en effet indispensable, pour la modernisation des réponses judiciaires, comme le souligne Madame Corinne MASCALA. Dès lors, il est d'abord impératif de redonner du sens à la sanction (Titre 1) avant de repenser la procédure pour une sanction plus effective (Titre 2).

TITRE 1. REDONNER DU SENS A LA SANCTION

282. Présentation. « *Il n'y a pas de manière plus odieuse de punir un homme que de le contraindre à des actes auxquels on refuse de donner un sens* »⁹²⁷. Ces mots de Simone DE BEAUVOIR traduisent l'idée qu'avant de condamner quelqu'un à une sanction, quelle qu'elle soit, il faut pouvoir comprendre le sens qu'il lui est donné. Cela participera de l'acceptation par l'auteur de son châtement et explique pourquoi le droit positif accorde tant d'importance au principe « *nullum crimen, nulla poena sine lege* », garantie notamment à l'article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789⁹²⁸. C'est exactement de ce postulat qu'il faut repartir : il faut redonner du sens à la sanction édictée en droit économique contractuel, dans sa globalité certes, mais également dans les spécificités qu'elle regorge. La création de chaque sanction a un but précis et il s'agit de le découvrir pour comprendre leur utilité au sein du système législatif qui nous concerne. Une fois ce travail de définition réalisé, il faut le mettre en œuvre dans un arsenal juridique en action. Cesare BECCARIA disait que le « *châtiment ne se mesure pas à la sensibilité du coupable, mais au tort fait à la société* ».⁹²⁹ Il faut donc étudier quelles sont les sanctions applicables en fonction des torts faits à la société. Les différentes définitions de la sanction conduisent de la sanction en général à la sanction non civile, ce qui traduit bien l'esprit du législateur, lequel fait le choix assumé d'une sanction répressive (Chapitre 1). Au travers de la recherche d'un choix de sanction, c'est finalement la recherche d'un ordre public pertinent pour justifier le recours aux sanctions répressives qui va nous intéresser (Chapitre 2).

⁹²⁷ Simone de Beauvoir, citée par D. Drory, dans *Cris et châtements*, Paris et Bruxelles, de Boeck et Belin, 1997, p.121.

⁹²⁸ DDHC, art. 7 : « *Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance* ».

⁹²⁹ Cesare Beccaria, *Des délits et des peines*, 1764, Flammarion, 2010, p.97.

Chapitre 1. De la sanction à la sanction non civile, le choix d'une sanction répressive.

283. Présentation. La sanction non civile marque de son empreinte le droit économique depuis plusieurs décennies. Le constat est sans appel, qu'il s'agisse du droit de la consommation ou du droit de la concurrence ; et le droit commun des contrats n'est pas en reste concernant la sanction pénale. Le choix du législateur de solliciter les différentes sanctions non civiles, pénales d'abord, administratives par la suite, est aujourd'hui ancré dans la norme française. Le droit économique contractuel, concerné par la présente étude, n'est d'ailleurs pas le seul domaine à avoir subi cette évolution manifeste, puisque d'autres domaines, à l'instar du droit fiscal, du droit médical, du droit de la circulation routière ou encore de l'information ont vécu des choix législatifs analogues⁹³⁰. Cependant, si le constat de ce recours aux sanctions non civiles est certain, il interroge néanmoins. Pourquoi cette nécessité d'y recourir, particulièrement dans une matière qui est éminemment civile, le domaine contractuel, dont le contrat constitue par ailleurs l'un de ses instruments les plus emblématiques. Certes, Monsieur Jean-Marie COULON affirme qu'« *il ne saurait exister une conception unique de la sanction contractuelle* »⁹³¹. Toutefois, il est permis de se demander pourquoi cette conception n'est pas unique et ce qui pousse le législateur à aller rechercher des sanctions autres que celles inhérentes au secteur du droit concerné. Il faut alors questionner les motifs du recours à chaque sanction, en retournant à leur essence même. Pour y parvenir, il est impératif de revenir à la définition de la sanction en elle-même, dans toute sa généralité, qui constitue un symbole de la normativité restant complexe à définir (Section 1). Cette recherche permettra d'avoir un regard plus averti sur les raisons du recours aux sanctions

⁹³⁰ V. notamment sur cette question : M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p.18-25.

⁹³¹ Cédric Coulon, « Avant-propos », in François Collart Dutilleul et Cédric Coulon (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, 2007, p.VIII.

non civiles et de constater aujourd'hui l'aporie de la distinction entre sanction pénale et sanction administrative (Section 2).

Section 1. La sanction, un symbole de la normativité complexe à définir.

284. Qu'est-ce que la sanction ? Pour expliquer le rôle de la sanction non civile, il est nécessaire de revenir par la définition de la notion de la « simple » sanction. Ce retour aux origines et à l'histoire de la notion permet de mieux appréhender la sanction non civile et son rôle au sein du droit économique contractuel. S'interroger sur la notion de sanction à ce point de l'étude pourrait paraître étonnant mais c'est pourtant fondamental. Le constat a pu être fait du recours de plus en plus récurrent aux sanctions administratives et pénales en matière contractuelle, accompagnées également par l'amende civile. Le choix de ces sanctions spécifiques interpelle et conduit à s'interroger sur l'essence même de la sanction, sa définition et sa fonction principale, afin de vérifier que les mesures prises en matière économique contractuelle s'inscrivent toujours dans cette continuité. La notion de sanction se découvre plurielle (I) et, si de nombreuses fonctions lui sont imputées, le respect de la normativité de la règle de droit s'impose comme la principale (II).

I. La sanction, une notion aux multiples visages.

285. La sanction, cette illustre « inconnue »⁹³². La notion de « sanction » fait partie de celles que l'on côtoie sans toutefois les connaître, comme une vague connaissance que l'on croise régulièrement sans jamais approfondir les relations. Monsieur Philippe JESTAZ le résume très bien dans son expression « *la sanction ou l'inconnue du droit* »⁹³³, reprise à l'envie par tout auteur dans les études postérieures se consacrant à la sanction, et à laquelle cette étude ne déroge pas. La nature et l'essence même de la sanction ne semblent pas avoir interrogé le juriste avant une période assez récente, alors même que nombre de sanctions particulières ont fait

⁹³² Pour reprendre l'expression de Ph. Jestaz dans « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986, chron. XXXII, p. 197 et s.

⁹³³ *Ibid.*

l'objet d'études développées et parfois fournies⁹³⁴. La sanction semblait si familière que d'aucuns considéraient qu'elle ne méritait pas d'approfondissements propres, sans d'ailleurs que cela ne soit forcément conscient.

Finalement, à mesure que les recherches s'effectuent sur la sanction, l'observateur est surpris par le paradoxe suivant : nul ne connaît la réelle définition de la sanction et pourtant, des dizaines de définitions existent : restreinte ou élargie, générale ou spécifique, la sanction est une et multiple à la fois. Elle est donc une notion complexe à définir (A), à tel point que sa définition juridique en devient introuvable (B).

A. La sanction, une notion complexe à définir.

286. Présentation. Ce constat raisonne particulièrement à l'oreille de l'observateur des sanctions en droit contractuel économique puisque des similitudes se font jour : des sanctions de natures multiples, avec en leur sein une très grande variété de choix afin de fulminer le châtiment le plus approprié et, parfois, une grande confusion dans la logique du choix d'une sanction au détriment d'une autre⁹³⁵. C'est pourquoi il paraît indispensable de revenir aux origines de la sanction : de sa notion, de son sens et de sa multiplicité, afin d'en saisir les fourmillantes nuances de sa réalité actuelle. La sanction se découvre alors comme une notion polysémique dans le langage courant (1), ce qui va se traduire par l'existence d'une multiplicité d'acceptions de la sanction en droit (2).

1. La sanction, une notion polysémique dans le langage courant

287. L'évolution historique de la sanction. La sanction n'a pas toujours été identique et, à l'image de nombreuses autres notions, elle a subi des variations fondamentales, rendant certaines de ses acceptions obsolètes aujourd'hui. Pourtant, à regarder les origines latines de ce vocable, la voie de sa signification semblait toute tracée. Monsieur Louis-Augustin Barrière rappelle ainsi l'étymologie latine du terme de « sanction » qui a « pour origine le mot latin *sanctio* qui lui-même construit sur le verbe *sancire*. *Sancire* aurait signifié « faire que quelque chose devienne *saké*, c'est-à-dire réel ». Le verbe *sancire* signifierait également prescrire une peine en garantie de ce qui est

⁹³⁴ cf. *supra*, n°1.

⁹³⁵ Cf. *infra*, n°351 et s.

établi »⁹³⁶. L'idée de peine, déjà présente dans la période latine/antique, se retrouvera par la suite dans l'histoire et sera, au demeurant, l'acception privilégiée. Il convient de rejeter les définitions inopérantes (a) avant de s'attarder à celle retenue, la notion de peine (b).

a. Les définitions rejetées

288. La notion ancienne dépassée de sanction comme « précepte »⁹³⁷. Les vicissitudes du terme de sanction s'observent particulièrement bien à la lecture des dictionnaires et encyclopédies anciens. Il est ainsi particulièrement intéressant de se pencher sur les différentes versions de la définition données à ce vocable par le dictionnaire de l'Académie française qui, au gré des ces neuf éditions, va faire évoluer la notion de sanction en la faisant passer par au moins six sens principaux différents.

Lors de la parution de la première édition du dictionnaire de l'Académie Française en 1694, la sanction était définie comme « *constitution, règlements sur les matières Ecclésiastiques.* ». L'ouvrage prenait soin d'ajouter que le terme de sanction ne se disait « *guère qu'avec le mot pragmatique* »⁹³⁸. Cette définition, que l'on retrouvera par ailleurs dans les six éditions suivantes en subissant quelques modifications⁹³⁹, ne disparaîtra que lors de la dernière version du Dictionnaire de l'Académie française, datant de 2018⁹⁴⁰. Cette acception de la sanction, qui traduit ici un acte qu'on pourrait qualifier, au sens large du terme, de législatif, ne correspond évidemment à la signification de la sanction entendue par le juriste contemporain actuellement. Par conséquent, cette définition, tombée aujourd'hui en désuétude, doit être écartée.

289. La sanction, synonyme d'approbation, définition non pertinente. De la même manière, devra être écartée du champ d'étude approfondie de la sanction actuelle la définition insérée brièvement dans l'édition de 1762 et plus détaillée dans l'édition de 1798 du Dictionnaire

⁹³⁶ L.-A. Barrière, « Propos introductifs », in Bl. Mallet-Bricout (préf.), *La sanction*, Colloque du 27 novembre 2003, L'Harmattan, 2007, p.7 et s., sp. p.8.

⁹³⁷ *Ibid.*, p.5 et s., sp. p.11.

⁹³⁸ Académie française, *Dictionnaire de l'académie française*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S0207>, 1694, v° « Sanction ».

⁹³⁹ Ainsi en est-il par exemple de la définition proposée au sein de la 5^e édition, datant de 1798, juste après la Révolution française. La sanction, considérée comme une constitution, est alors définie comme : « *Constitution, Ordonnance sur les matières ecclésiastiques. Il ne se dit guère qu'avec le mot de Pragmatique. Ainsi en parlant de l'Ordonnance de Saint Louis sur ce sujet, on l'appelle La Pragmatique Sanction de Saint Louis ; et en parlant de celle qui a été abolie par le Concordat entre Léon X et François I, on l'appelle absolument La Pragmatique Sanction.* » V. Académie française, *Dictionnaire de l'académie française*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S0207>, 1694, v° « Sanction ».

⁹⁴⁰ Académie française, *Dictionnaire de l'académie française*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S0207>, 2018 (définition à jour du 5 décembre 2018), v° « Sanction ».

de l'Académie française, lequel définit également la sanction comme l'« *acte solennel du Souverain, par lequel il donne à une chose un caractère d'autorité. Cette Loi n'a pas encore reçu la sanction, attend encore la sanction. Il se dit par extension, du Public, de l'usage. Le Public n'a pas donné sa sanction à cet établissement. Ce mot n'a pas reçu sa sanction de l'usage.* »⁹⁴¹. De fait, outre l'aspect constitutionnel de cette définition⁹⁴², qui fut élargi par la suite, il s'agirait plutôt d'un synonyme d'« *approbation* », qu'il s'agisse d'une approbation étatique ou de l'usage. Il est ici remarquable de constater que cette définition de la sanction, reprise tant par toutes les éditions ultérieures du Dictionnaire de l'Académie française que par le dictionnaire du Centre National des Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL)⁹⁴³, le Dictionnaire LAROUSSE⁹⁴⁴ ou encore le Dictionnaire ROBERT⁹⁴⁵ s'assure de la primeur, reléguant l'acception de peine au second plan. Serait-ce alors la définition à privilégier et non pas celle systématiquement associée à la peine ? Assurément non, sans évidemment dénier de valeur à cette acception synonyme d'acceptation, d'approbation, l'étude porte ici sur la sanction vue comme une mesure de contrainte, une punition, une peine. C'est d'ailleurs, comme il sera observé par la suite, la définition retenue par Diderot dans son Encyclopédie de 1751 puisqu'il indique dès les premières lignes que « la sanction est cette partie de la loi qui renferme la peine établie contre ceux qui la violeront »⁹⁴⁶.

290. La notion générale de sanction, positive ou négative, rejetée. Enfin, devra être écartée une définition de la sanction qui se rapproche pourtant de celle qui sera retenue en droit, mais qui va s'avérer trop large. Le Dictionnaire du CNRTL⁹⁴⁷ qualifie ainsi premièrement de

⁹⁴¹ Académie française, *Dictionnaire de l'académie française*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S0207>, 1694, v° « Sanction ».

⁹⁴² Monsieur Louis-Augustin Barrière renvoie à cet aspect constitutionnel de cette notion en affirmant que c'est celui-ci qui, apparu aux abords de la Révolution française, prévalait au cours du XIX^e siècle. V. Louis-Augustin Barrière, « Propos introductifs », *op. cit.*, sp. p.12-13.

⁹⁴³ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), <https://www.cnrtl.fr/definition/sanction>, v° « Sanction ». Ce dictionnaire en ligne, développant dans la première partie de la définition la signification historique de la sanction, reprend notamment l'acception donnée par Staël en 1817 : « Acte par lequel une autorité officielle donne à une disposition légale l'approbation qui lui confère une validité. *Sanction du parlement. Dans tous les pays où les principes constitutionnels sont établis, les rois ont une liste civile, et l'on regarderait comme funeste à la liberté qu'ils pussent posséder des revenus indépendants de la sanction nationale* ». V. Staël, *Consid. Révol. fr.*, t. 1, 1817, p. 282.

⁹⁴⁴ *Dictionnaire Larousse*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>, v° « Sanction ». La première signification donnée du mot « sanction » est ainsi : « *Acte par lequel un usage, un événement, une action sont entérinés, reçoivent une sorte de validité : Un mot qui a reçu la sanction de l'usage.* ».

⁹⁴⁵ *Dictionnaire Le Robert*, <https://www.lerobert.com/>, v° « Sanction ». Ce vocable est ainsi défini en premier lieu comme « l'acte par lequel le chef du pouvoir exécutif approuve une mesure législative » ou, au sens figuré : « approbation, confirmation, ratification ».

⁹⁴⁶ Denis Diderot (mis en ordre et publié par), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome quatorzième, Reggi-Sem*, Briasson Davis, Le Breton et Faulche, 1751-1765, p.608.

⁹⁴⁷ Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), <https://www.cnrtl.fr/definition/sanction>, v° « Sanction ».

sanction, dans la partie relative au droit, la « *peine ou récompense prévue pour assurer l'observation d'une loi, l'exécution d'une mesure réglementaire, d'un contrat* », mais « également la « *peine ou récompenser en relation avec une interdiction ou une injonction, liée à un mérite ou un défaut*. ». L'ouvrage insiste en rajoutant qu'il s'agit également, par extension, de « *toute peine ou tout avantage, soit établi par les hommes ou par Dieu, soit résultant du cours naturel des choses et qui sont provoqués par une certaine manière d'agir* ». S'observe alors un double aspect de la sanction, avec un pendant positif et un pendant négatif, laquelle serait un terme générique traduisant la réponse apportée à un comportement⁹⁴⁸.

Cette réponse serait apportée par une autorité, qu'elle soit divine ou humaine, et dans cette dernière hypothèse, elle pourrait être très diverse. Divine, elle sera, pour les personnes de foi, vue comme la sanction ultime, puisque les choix et actes de la vie conduiront le fidèle au Paradis ou en Enfer⁹⁴⁹. Hormis cette question religieuse, soumise aux croyances de chacun, l'hypothèse de la sanction entendue dans un sens tant positif que négatif, s'exprime dans plusieurs domaines. PROUDHON affirmait en ce sens qu'« *en principe, la justice, comme la vérité, n'a et ne peut avoir d'autre sanction qu'elle-même : c'est le bien qui résulte de son accomplissement, le mal qui suit sa violation* »⁹⁵⁰. Cependant, cela se manifeste au quotidien par le biais du sceau de l'être humain ou d'un groupe déterminé de personnes, qui viennent sanctionner les actes de leurs pairs. La société peut ainsi être amenée à récompenser ou punir un de ses membres, l'exemple actuel de l'influence des réseaux sociaux est particulièrement parlant : une personne peut être, à la suite d'un acte, porté aux nues ou mis au ban de la société⁹⁵¹, en quelques clics et 280 caractères⁹⁵². L'école aussi est connue pour être de ceux qui vont fulminer des sanctions telles qu'elles sont comprises dans cette acception : comment ne pas penser aux exemples heureusement datés du bonnet d'âne pour les élèves les plus dissipés tandis que ceux regardés comme les plus sages d'entre eux se retrouvaient gratifiés d'images ? Aujourd'hui, d'autres systèmes de récompenses/punitions

⁹⁴⁸ Cette définition se retrouve également dans le Littré, comme troisième signification du terme « sanction », tout en se confondant également avec la sanction au sens de peine : « La peine ou la récompense qu'une loi porte, décerne pour assurer son exécution. Sanction pénale. Sanction rémunératoire ». *Dictionnaire Littré*, <https://www.littre.org/definition/sanction>, « sanction ».

⁹⁴⁹ La plupart des religions monothéistes ont leur propre vision du Paradis et de l'Enfer, qu'il s'agisse de catholicisme, de l'Islam, et dans une certaine mesure, du judaïsme.

⁹⁵⁰ Pierre-Joseph Proudhon, *Guerre et Paix*, 1861, p. 291, cité par Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), <https://www.cnrtl.fr/definition/sanction>, v° « Sanction ».

⁹⁵¹ Le mouvement « #metoo », associé à celui de « #balancetonporc » a notamment été très caractéristique de ce pouvoir de la société et de l'utilisation des réseaux sociaux. Parfois sans aucune poursuite judiciaire, certains individus ont été dénoncés sur Twitter, Instagram ou encore Facebook, détruisant en un instant leur réputation et les privant de fait de toute activité publique extérieure, spécifiquement certains artistes, à l'image par exemple des acteurs Kevin Spacey.

⁹⁵² Le réseau social Twitter est connu pour son nombre de caractères très limités : 140 jusqu'en novembre 2017 et 280 aujourd'hui.

existent encore dans le système scolaire, qu'il s'agisse des petites gommettes de couleurs traduisant le comportement de l'enfant dans la journée dans les classes de maternelle ou de la note de vie scolaire, qui fut un temps incluse dans la note du Brevet des collèges, sanctionnant l'attitude de l'élève dans son établissement⁹⁵³. Il serait également possible d'étendre ces exemples aux relations parents/enfants et au monde professionnel.

Si l'aspect punitif de cette acception de la sanction peut se confondre avec sa définition plus juridique, l'aspect récompense empêche de pouvoir la retenir comme la signification idoine pour les développements qui suivent, quand bien même certains juristes pouvaient être tentés de retenir cette vision extensive en droit également⁹⁵⁴. Toutefois, dans le langage quotidien, l'aspect positif reste majoritairement exclu, l'aspect répressif étant largement privilégié. En outre, il est notable de constater, à l'instar de Diderot dans son Encyclopédie, qu'il « *est certain que l'homme est naturellement plus sensible au mal qu'au bien. Il paraît aussi plus convenable d'établir la sanction de la loi dans la menace de quelque peine, que dans la promesse d'une récompense* »⁹⁵⁵. Ainsi est-il plus habituel de retenir aujourd'hui l'aspect négatif de la sanction, en la considérant comme une punition et non pas comme une récompense, ce qui conduit inéluctablement à écarter cette vision de ce terme.

Dès lors, la sanction, notion polysémique dans le langage courant, voit ses acceptions les plus datées s'effacer au profit d'une définition sensiblement plus proche de la vision du juriste, à savoir un synonyme de peine, et ce malgré une présentation dans les ouvrages généraux qui persiste à la présenter ainsi dans un deuxième temps.

⁹⁵³ Cette note, créée à la suite d'une loi d'orientation de 2005 et supprimée pour l'édition du Brevet des collèges de 2014, sanctionnait le comportement du collégien de la sixième à la troisième, sanctionnait tant l'assiduité et la ponctualité, que le respect du règlement intérieur, la participation à la vie de l'établissement ou encore l'obtention de l'attestation scolaire de sécurité routière (ASSR) de premier niveau et du certificat de prévention et de secours civiques. Cf. ministère de l'Éducation nationale, de la jeunesse et des sports, <https://www.education.gouv.fr/college-suppression-de-la-note-de-vie-scolaire-6263>.

⁹⁵⁴ Mesdames Cécile Chainais et Dominique Fenouillet évoquent ainsi la tentation d'opter pour une définition extensive de la sanction, ce qui permettrait de retenir les mesures préventives et même d'intégrer « *ce que les sociologues appellent les sanctions « positives », les « récompenses » ou « avantages subordonnés au respect de la règle de droit* » », citant ainsi l'ouvrage *Sociologie Juridique* de Jean Carbonnier (Thémis, 1987, p.200). Cependant, comme dans cette étude, les auteurs ne retiennent finalement pas cette acception, qui conduirait à avoir une catégorie trop hétéroclite et hétérogène en visant des mesures prises trop en amont. V. Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in C. Chainais et D. Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.XX.

⁹⁵⁵ L'auteur poursuit en affirmant que « l'on ne se porte guère à violer les lois, que dans l'espérance de se procurer quelque bien apparent qui nous séduit. Ainsi, le meilleur moyen d'empêcher la séduction, c'est d'ôter cette amorce, et d'attacher au contraire à sa désobéissance un mal réel et inévitable ». V. D. Diderot, (mis en ordre et publié par), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome quatorzième, Reggi-Sem*, Briasson Davis, Le Breton et Faulche, 1751-1765, p.608.

b. La définition retenue : la sanction, synonyme de peine en langage courant

291. La sanction associée à la peine dans l'histoire. La polysémie de la sanction dans le langage courant n'a pas suivi une évolution historique linéaire, puisque se sont entrecroisées les différentes acceptions, certaines semblant disparaître avant de rejaillir de manière plus surprenante encore. L'association de la sanction à la peine et à la répression fait partie de celles-ci. Comme brièvement évoqué, l'étymologie de ce vocable conduit déjà l'observateur à associer la sanction à la prescription d'une peine⁹⁵⁶ dans le droit romain, puisque « *la sanctio était techniquement la partie de la loi qui établissait une peine, une poena, à l'encontre de ceux qui agiraient contre la loi* »⁹⁵⁷. Écartée pendant un temps, elle réapparaît à l'aube de la Révolution française⁹⁵⁸, et ne fera que se renforcer par la suite, devenant même le sens premier du terme dorénavant. Il est toutefois remarquable que malgré cette prédominance, pas si nouvelle que cela, dans le langage courant et même en droit, les encyclopédies et dictionnaires généraux persistent à reléguer cette définition au second plan⁹⁵⁹. D'ailleurs, évoquée de manière large dans le dictionnaire de l'Académie française de la sixième à la huitième édition, il faudra attendre la neuvième édition, mise à jour en 2018 pour la partie relative à la sanction, pour obtenir une définition propre à cette signification⁹⁶⁰. Il s'agit alors de « *moyen, mesure prévus [sic] pour assurer l'exécution ou le respect d'une loi, d'un règlement, etc. L'action en justice, l'astreinte sont des sanctions* »⁹⁶¹. Cette évolution vers la prédominance de la sanction comme mesure répressive ne va pas se manifester exclusivement dans la langue française. Ainsi remarque-t-on une mutation analogue du terme en allemand et même en anglais⁹⁶². Si Monsieur Franck Roumy s'interroge encore sur « *les raisons qui conduisent à cette « pénalisation » du mot sanction, à l'époque contemporaine, [qui] demeurent mystérieuses* »⁹⁶³, il trouve peut-être l'explication dans l'utilisation de ce vocable de sanction par les journalistes à propos

⁹⁵⁶ Cf. supra l'étymologie latine de la notion, rappelée par Monsieur Louis-Auguste Barrière : Louis-Augustin Barrière, « Propos introductifs », in *La sanction*, L'Harmattan, 2007, p.5 et s., sp. p.6.

⁹⁵⁷ Louis-Augustin Barrière, « Propos introductifs », in *La sanction*, L'Harmattan, 2007, p.5 et s., sp. p.6.

⁹⁵⁸ Il est possible de retrouver les traces de cette signification en 1765 : V. Louis-Augustin Barrière, « Propos introductifs », in *La sanction*, L'Harmattan, 2007, p.5 et s., sp. p.11 ; D. Diderot, (mis en ordre et publié par), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome quatorzième, Reggi-Sem, op. cit.*; Fr. Roumy, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », in Cécile Chainais et Dominique Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.1.

⁹⁵⁹ Cf. supra, n°290 et s.

⁹⁶⁰ Académie française, *Dictionnaire de l'académie française, op. cit.*

⁹⁶¹ *Ibid.*

⁹⁶² Voir sur cette question : Fr. Roumy, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », in Cécile Chainais et Dominique Fenouillet (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique, op. cit.*, p.4.

⁹⁶³ *Ibid.*

des mesures mises en place en droit international depuis la création de l'Organisation des Nations Unies (ONU) en 1945, sa Charte n'évoquant pourtant que des mesures, quelle que soit la langue usitée⁹⁶⁴.

292. Un cadre moderne et pluriel de la sanction. Si l'histoire montre un cheminement pour entendre la sanction comme une mesure répressive, une peine, comment la définit-elle réellement et comment y est-elle associée ? Qu'il s'agisse d'une « *peine établie par une autorité pour réprimer un acte* »⁹⁶⁵, de la « *mesure répressive infligée par une autorité pour l'inexécution d'un ordre, l'inobservation d'un règlement, d'une loi* »⁹⁶⁶ ou encore du « *mal dont le souverain menace ceux de ses sujets qui entreprendraient de violer ses lois* »⁹⁶⁷, toutes ces définitions renvoient à l'idée d'une punition, prononcée par une autorité. Cette autorité n'est ici pas forcément un magistrat, alors que c'est le cas la plupart du temps en matière juridique. Elle pourra alors être prononcée par toute personne en charge du respect de la règle énoncée. Il peut s'agir d'un employeur, d'un professeur, de l'État, etc. De même la règle violée n'est pas obligatoirement la loi : si elle peut l'être, il peut également s'agir d'un règlement intérieur, d'une obligation posée par les parents, etc.

293. Une notion assimilée à d'autres. La sanction est subséquentement associée à plusieurs autres termes : peine, mesure répressive, condamnation, punition, châtiment, sont les plus récurrents. Mais peuvent-ils être considérés comme synonymes ? Lorsque Diderot affirme que « la sanction est cette partie de la loi qui renferme la peine établie contre ceux qui la violeront »⁹⁶⁸, cela signifie-t-il que l'on peut utiliser alternativement un mot pour l'autre sans méprise sémantique ? Le langage courant invite à le croire et l'expérience quotidienne montre en effet que ces notions sont en effet considérées comme synonymes et usitées comme telles. La

⁹⁶⁴ Fr. Roumy, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de sanction », *op. cit.*

⁹⁶⁵ *Dictionnaire Le Robert*, <https://www.lerobert.com/>, v° « Sanction ».

⁹⁶⁶ *Dictionnaire Larousse*, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>, v° « Sanction ».

⁹⁶⁷ Denis Diderot (mis en ordre et publié par), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome quatorzième, Reggi-Sem*, Briasson Davis, Le Breton et Faulche, 1751-1765, p.608.

⁹⁶⁸ Denis Diderot (mis en ordre et publié par), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome quatorzième, Reggi-Sem*, Briasson Davis, Le Breton et Faulche, 1751-1765, p.608.

sanction serait donc cette peine que vient réprimer la violation d'une règle, d'un comportement interdit. Elle intervient en conséquence d'un acte répréhensible.

294. Transition. Cette dernière acception, si elle ressemble de plus en plus à la définition que les juristes peuvent donner à la sanction, s'en éloigne tout de même par ses approximations et ses assimilations. Certes, la peine est une sanction, mais elle n'en est qu'une petite partie. La sanction est une notion générique qui regroupe un certain nombre de mesures, dont la peine est certainement la manifestation la plus ostensible, mais la sanction juridique comprend bien plus que cette seule mesure. Il s'agit d'une notion riche, tant dans ses définitions que dans ses manifestations.

2. De l'absence de définition aux définitions multiples de la sanction en droit.

295. Les premières recherches d'une définition juridique. Chercher la définition juridique d'un terme semble aussi simple que de rechercher son homologue dans le langage courant : il faut se référer aux dictionnaires juridiques existants. En compulsant le *Vocabulaire Juridique Capitant*⁹⁶⁹, le lecteur s'aperçoit directement que la sanction est, tout comme en langage courant, multiple : trois grandes parties sont présentes, la première consacrée au sens général, la deuxième s'emparant de la vision administrative de la notion et la troisième s'attachant à la vision pénale de la sanction. Or, dans la première partie, quatre définitions se trouvent expliquées : la dernière étant celle synonyme d'approbation, de consécration, elle sera directement exclue du champ d'étude. Ainsi, l'œuvre du Doyen CORNU définit d'abord la sanction comme « *en un sens restreint, punition, peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir. On distingue suivant l'autorité chargée de la répression et la nature de la mesure, les sanctions pénales, disciplinaires, administratives, internationales* »⁹⁷⁰. Un sentiment de confusion apparaît immédiatement à la lecture de cette première définition. Si la première partie semble confondre peine et sanction, la deuxième partie conduirait plutôt à les dissocier. Le deuxième sens alloué à la sanction par cet ouvrage est « en un sens plus large, toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation »⁹⁷¹. Elle pourrait alors « aussi consister en une mesure de protection ou

⁹⁶⁹ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd. MAJ, 2020, v^o « Sanction ».

⁹⁷⁰ *Ibid.*

⁹⁷¹ *Ibid.*

d'assistance ». Enfin, dans une troisième acception, l'ouvrage ajoute que la sanction serait « *plus généralement encore, tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation* »⁹⁷², laquelle, au regard des exemples fournis, pourrait se manifester dans une action en juste, un recours. Quelle sens retenir ? Quelle est la définition de la sanction qui apparaît la plus juste au regard de cette étude ? Si le dictionnaire juridique ne peut fournir l'explication, il faut se tourner du côté des textes de droit, qui se révèlent irrémédiablement muets sur la question (a). Dès lors, c'est à la doctrine de trancher et de donner une signification à la sanction, ce qui va la révéler multiple et imprécise (b).

a. La sanction : une définition juridique introuvable.

296. La présence du terme sanction dans les textes. En quête d'une définition juridique claire de la sanction, la recherche parmi les textes de droit semble logique. Par conséquent, un détour par le site Internet Légifrance apparaît le plus pertinent. Or, la recherche du mot-clef sanction est fructueuse puisque près de 90 000 occurrences⁹⁷³ sont trouvées : une définition doit certainement se trouver parmi toutes ces références. Une investigation au sein des références trouvées dans les Codes semble la plus appropriée. Toutefois, malgré une présence dans de multiples codes⁹⁷⁴ et parfois à de nombreuses reprises⁹⁷⁵, la définition de la sanction reste introuvable. Utilisée le plus souvent à titre de terme général regroupant un certain nombre de mesures s'appliquant en cas de non-respect de la règle de droit, aucune définition ne s'y trouve. La réforme du droit des obligations en 2016 avec une modification substantielle des textes aurait

⁹⁷² G. Cornu, *Vocabulaire Juridique*, Association Henri Capitant, *op. cit.*

⁹⁷³ A la recherche du mot « sanction », 89 445 résultats sont affichés sur le site Légifrance le 23 septembre 2020. V. https://www.legifrance.gouv.fr/search/all?tab_selection=all&searchField=ALL&query=sanction&searchType=ALL&typePaging=DEFAULT&pageSize=10&page=1&tab_selection=all#all

⁹⁷⁴ La notion de sanction apparaît dans pas moins dans soixante-cinq codes français, parmi lesquels se trouvent non seulement le *Code civil*, le *Code pénal*, le *Code de procédure pénale* et le *Code de la consommation*, mais également le *Code de l'artisanat*, le *Code du sport*, le *Code du cinéma et de l'image animée*. Pourtant, la définition n'y est jamais donnée.

⁹⁷⁵ Depuis la refonte du Code de la consommation en 2016, de nombreuses occurrences du mot sanctions se retrouvent à l'intérieur, notamment du fait que les sanctions sont regroupées dans des parties spécifiques. Il s'agit alors de la locution générale pour regrouper les différents types de sanctions (civiles, pénales, administratives).

pu permettre de pallier cette carence⁹⁷⁶, tout comme celle de la refonte du Code de la Consommation la même année⁹⁷⁷.

297. Une absence de définition dans les textes. Cependant, à bien regarder les deux codes, le même constat s'opère : si, à la suite de la réforme, se trouve bien présent le terme de sanction au sein du Code civil, aucune définition ne s'y trouve. Le législateur utilise ce vocable pour englober les mesures civiles utilisées en cas d'inexécution contractuelle ou de problème dans la formation du contrat⁹⁷⁸. Le même type de remarque peut être effectué à propos du Code de la consommation : présente 334 fois dans cet ouvrage, la sanction n'y est pourtant jamais définie⁹⁷⁹. Ce constat effectué en 2020 avait déjà pu être réalisé à la faveur d'une recherche dirigée par les Mesdames Cécile Chainais et Dominique Fenouillet sur *La sanction en droit contemporain*⁹⁸⁰ en 2012, qui observaient alors que non seulement les références au terme de « *sanction* » étaient assez récentes, mais également qu'elles englobaient généralement deux sens différents « *pour désigner, tantôt la mesure intervenant en cas d'irrespect de la règle de droit, tantôt – et le plus souvent – la mesure défavorable s'appliquant à une personne qui a violé la loi* »⁹⁸¹.

Une recherche du côté des textes fondamentaux pourrait alors être la clef. *Quid* des textes constitutionnels⁹⁸² ou conventionnels ? La définition reste encore inconnue pour ces textes pourtant fondateurs, ce qui confirme l'idée d'« *inconnue du droit* ». Ni la Constitution française de 1958, ni la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ne contiennent même le terme de sanction, pas plus que la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen, placée au deuxième degré de la pyramide⁹⁸³. Pourtant, le nombre de décisions de

⁹⁷⁶ Il est à noter que le terme de sanction apparaissait déjà dans des articles relatifs à la nationalité, notamment à l'article 33 du Code civil, sans toutefois le définir.

⁹⁷⁷ Contrairement à la réforme du droit des obligations, il s'agissait ici d'une refonte de l'ouvrage à droit constant. Cf. supra, introduction.

⁹⁷⁸ Une section 4 intitulée « les sanctions » dans le chapitre II relatif à « La formation du contrat » vient chapeauter les sanctions de la formation du contrat, la nullité et la caducité, qui se trouvent aux articles 1178 et suivants du Code civil.

⁹⁷⁹ Cité seulement 8 fois dans le Code pénal, le terme sanction n'y est pas plus défini. Dans ce code, il n'existe qu'une utilisation à la marge de cette notion, à propos de sanctions pécuniaires, éducatives, financières ou judiciaires.

⁹⁸⁰ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.* p. XVIII et XIX.

⁹⁸¹ *Ibid.*, p. XVIII.

⁹⁸² Le terme « constitutionnels » s'entend ici au sens large afin de prendre en compte tous les textes contenus au sein du bloc de Constitutionnalité, composé de la Constitution de 1958, de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, du Préambule de la Constitution de 1946 et de la Charte de l'Environnement de 2004.

⁹⁸³ J.-C Marin, « Séance d'ouverture », in *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2015, p.17.

jurisprudence y faisant référence sont nombreuses⁹⁸⁴ : comprendraient-elles alors la définition tant recherchée ?

298. Absence de secours de la jurisprudence. La jurisprudence vient souvent au secours de la règle de droit lorsqu'elle est trop floue. Sans totalement se départir de l'obligation de respect de la séparation des pouvoirs, par laquelle le juge doit être, selon les propos de Montesquieu, « la bouche de la loi »⁹⁸⁵, le juge se doit de statuer sur tous les litiges qui lui sont soumis, sous peine de déni de justice, comme l'affirme le Code civil⁹⁸⁶. La notion de sanction étant présente dans nombre de textes de droit interne, sans définition aucune, une interprétation donnée par la jurisprudence apparaît logique. Et il s'avère en effet que la sanction est loin d'être ignorée par les juges, bien au contraire. Pas moins de 21 173 occurrences⁹⁸⁷ du terme apparaissent dans la jurisprudence judiciaire sur le site Légifrance, laissant présager la découverte tant attendue de la définition recherchée. Las ! La plupart des utilisations de ce mot sont dépourvues d'une signification pour le terme tant recherché. Lorsque le juge s'aventure sur les pentes d'une recherche de sens à cette locution, il ne le fait que très indirectement⁹⁸⁸. L'observateur doit se contenter d'indices plus ou moins nets pour tenter de dessiner les contours de la définition. Ainsi en est-il d'une définition donnée récemment par la chambre sociale de la Cour de cassation qui considère la sanction comme : « toute mesure, autre que les observations verbales, prise par l'employeur à la suite d'un agissement du salarié considéré par l'employeur comme fautif, que cette mesure soit de nature à affecter immédiatement ou non la présence du salarié dans l'entreprise, sa fonction, sa carrière ou sa rémunération »⁹⁸⁹. Il se fonde sur l'article

⁹⁸⁴ 20 735 décisions référencées sur le site Légifrance font mention de la sanction pour la Cour de cassation, contre 391 décisions du Conseil constitutionnel.

⁹⁸⁵ Il s'agit d'une formule célèbre issue de *L'Esprit des Lois*, par laquelle l'auteur entend s'opposer notamment au jugement par le Prince mais également à la pratique dans l'ancien droit des arrêts de règlement : Montesquieu, *L'esprit des lois*, Flammarion coll. GF, 2019 (1748) . V. not. sur cette question : Céline Spector. « La bouche de la loi ? Les figures du juge dans L'Esprit des lois », *Montesquieu LawReview*, Université de Bordeaux, Forum Montesquieu, 2015, p. 87-102.

⁹⁸⁶ C. civ., art. 4.

⁹⁸⁷ Les chiffres datent d'octobre 2020 : <https://www.legifrance.gouv.fr>. Il s'agit tant des juridictions du second degré que des différentes chambres de la Cour de cassation. Décisions de jurisprudence y faisant référence : cass. Com. 7 juillet 2009, Bull. civ. IV 2009, n°97 ; Cass. civ. 1^{re}, 4 juin 2009, bull. civ. I, 2009, n°123.

⁹⁸⁸ Ce constat avait déjà été effectué dans le cadre de l'étude dirigée par Mesdames les Professeurs Chainais et Fenouillet (Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p. XVIII). Elles procédaient alors au même constat au regard des arrêts rendus et publiés en 2019 par la Cour de cassation, lesquels « employaient généralement le terme pour désigner une mesure déclenchée par la violation d'un devoir ou d'une obligation ; sanction disciplinaire, sanction d'un abus de position dominante, d'un recel successoral, de la violation de règles de forme en matière d'assurance-vie, de la violation d'une obligation de réservation, d'une obligation professionnelle, etc. Mais ils l'employaient aussi une fois dans le sens strict de peine, et une fois dans le sens large de violation de la règle de droit. »

⁹⁸⁹ Cass. soc., 8 juillet 2020, n°29-15.591.

L.1331-1 du Code du travail, lequel évoque les sanctions disciplinaires pouvant être prononcées à l'encontre d'un salarié dans le cadre des relations de travail⁹⁹⁰. Il s'agit certes d'un premier élément, mais cela reste néanmoins circonscrit au domaine du droit du travail, tant par sa source que par les contours de la définition, propres à la sanction disciplinaire. Il ne s'agit pas ici d'une définition générale de la sanction⁹⁹¹.

La jurisprudence du Conseil constitutionnel ne se révèle pas beaucoup plus éclairante, puisqu'elle se refuse à donner une définition claire de la sanction⁹⁹². Tout au plus obtient-on des juges de la Rue Montpensier des éléments de définition négative. Le Conseil constitutionnel affirme ainsi que la mesure de sûreté ne serait pas une « *sanction ayant le caractère d'une punition* »⁹⁹³. Deux remarques peuvent en découler : d'une part le Conseil constitutionnel persiste à dire que les mesures de sûreté ne constituent pas des sanctions ayant le caractère d'une punition, ce qui influence *de facto* leur régime⁹⁹⁴. D'autre part, et pour ce qui concerne particulièrement la définition proprement dite de la sanction, on devrait distinguer les sanctions ayant le caractère d'une punition des autres, ce qui impliquerait dès lors une subdivision au sein de la sanction, ce qui pourra être particulièrement intéressant dans la distinction de la sanction civile et non civile⁹⁹⁵.

La Cour européenne des droits de l'Homme n'apporte pas davantage d'éclaircissement à la notion générale de sanction, statuant plutôt sur des « *interprétations circonscrites de la notion à telle ou telle question* », comme le constatent Mesdames Cécile CHAINAIS et Dominique

⁹⁹⁰ C. trav., art. L.1331-1, en vigueur au 1^{er} février 2015.

⁹⁹¹ Cette limitation de la sanction au domaine du droit du travail se justifie d'autant plus au regard de l'article L.1331-2 du Code du travail qui affirme que « les amendes ou autres sanctions pécuniaires sont interdites ». Or, comme il a été vu précédemment, les sanctions pécuniaires existent bel et bien en droit général, d'autant plus qu'elles constituent le châtement privilégié dans le domaine particulier de cette étude, le droit économique contractuel.

⁹⁹² V. notamment sur cette question : V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal. Diversification ou perte d'identité ? » *op. cit.*, p.76 et s, n°9 et s. ; A. Lepage, « Les sanctions en droit pénal des affaires, Réflexions sur la place et le rôle du droit pénal dans la vie des affaires », *op. cit.*, p. 104 et s., n°15 et s.

⁹⁹³ Cons. Const., décision 2020-805 DC du 7 août 2020, à propos de la loi instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine. Les magistrats affirment ici que la « mesure prévue à l'article 706-25-15 du code de procédure pénale est prononcée en considération d'une *condamnation pénale et succède à l'accomplissement de la peine, elle n'est pas décidée lors de la condamnation par la juridiction de jugement mais à l'expiration de la peine, par la juridiction régionale de la rétention de sûreté. Elle repose non sur la culpabilité de la personne condamnée, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision. Elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive. Ainsi, cette mesure n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition.* ».

⁹⁹⁴ Pour cette discussion sur la nature de la mesure de sûreté et son appartenance à la catégorie des sanctions, v. not. : Madame Christine Lazerges, dans le cadre de la mise en place du bracelet électronique, critiqua vivement la distinction opérée par le législateur de façon quelque peu artificielle : C. Lazerges, « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *REV. SC. CRIM*, n°1 mars 2006.

⁹⁹⁵ CEDH 23 septembre 1998, *Malige c/ France*.

FENOUILLET⁹⁹⁶, notamment par rapport au respect des droits de la défense ou des principes de légalité, nécessité et non rétroactivité, garantis par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme.

Cette absence de définition interpelle autant qu'elle interroge, surtout au regard de la récurrence de l'utilisation des termes dans les textes et dans la jurisprudence. Comment est-il possible d'évoquer autant un concept sans jamais envisager de le définir, surtout lorsqu'il fonde la légitimité de tout système juridique ? Cela peut se traduire par la problématique des « concepts induits », théorisée par Monsieur EISENMANN⁹⁹⁷. Ce dernier explique que « la source de ce problème est la suivante : les arrêts emploient souvent, voire constamment, dans certaines questions, un vocable conceptuel dont aucun texte législatif ne donne la définition, qu'eux-mêmes ne définissent pas, - mais ils procèdent sur la base de ce mot à toute une série de qualifications, c'est-à-dire décident que des objets concrets, donnés dans la réalité, correspondent au mot, donc au concept qu'il est censé désigner, ou au contraire qui n'y correspondent pas. En ce cas, le juriste cherche tout naturellement à dégager de cet ensemble de qualifications le concept sur lequel elles reposeraient dont elles feraient application. L'entreprise peut aboutir, mais seulement à une double condition : que des éléments de justification de ces qualifications soient donnés par leur auteur... que ces éléments soient les mêmes dans les différents cas, et non pas différents dans une série de cas, car différence signifie ici contrariété ». En effet, si certains ont pu utiliser cette théorie pour d'autres notions dénuées de définition, comme la caducité⁹⁹⁸, elle s'applique également très bien à la notion de sanction. Le monde juridique emploie le terme de sanction pour évoquer des éléments concrets. Pour exemple, il est possible de citer le Code de la consommation qui, dans sa nouvelle rédaction issue de sa recodification en 2016, qui utilise à de multiples reprises ce vocable dans son plan afin d'y ranger les punitions de toutes sortes (civiles, administratives ou pénales) que le législateur entend voir prononcées en cas de manquements à la norme. Par conséquent, si l'on suit cette logique, il serait permis de parvenir à une définition générale de la sanction qui

⁹⁹⁶ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p. XVIII.

⁹⁹⁷ Ch. Eisenmann, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en science juridique », *Archives de philosophie du droit, La logique du droit*, tome XI, publié avec le concours du CNRS, Sirey, 1966, p.25 et s., not. p. 27-28.

⁹⁹⁸ Rana Chaaban, *La caducité des actes juridiques. Etude de droit civil*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 445, 2006, p.14 n°23. L'auteur choisit ici de citer cette théorie au regard de la notion de caducité.

regrouperait les trois types de sanctions dont le droit dispose pour protéger le contrat et ses parties : civile, administrative et pénale.

299. Transition. Face à l'absence de définition juridique de la sanction dans les textes et dans la jurisprudence, l'observateur doit se tourner vers la doctrine qui a tenté, avec quelques difficultés également, de la conceptualiser de nombreuses manières, en vue de trouver éventuellement une définition cohérente et restreinte de la sanction.

b. La multitude de définitions juridiques de la sanction

300. L'interrogation sur une absence de définition. L'absence de définition propre à la sanction a de quoi étonner l'observateur et surgissent dès lors des interrogations quant aux raisons de ce manque. Certains auteurs n'hésitent pas à se demander si cette carence n'est pas liée à une peur de s'y confronter, notamment en raison de ses origines trop coercitives, comme le suggère Monsieur Marin lors d'un colloque en 2013⁹⁹⁹. Ce dernier poursuit alors en affirmant que la « *discretion du terme dans notre ordre juridique, alors que la notion n'a jamais été aussi présente* », cacherait « *les difficultés à cerner un concept polysémique, aux contours incertains, concurrencé par des notions voisines* »¹⁰⁰⁰.

Les études liées aux sanctions en général sont peu nombreuses¹⁰⁰¹, en comparaison à la littérature sur les sanctions spécifiques, qu'il s'agisse de celles consacrées aux sanctions civiles ou aux sanctions pénales. Sur ce point, le droit français ne se différencie pas de ses homologues européens, le droit comparé montrant les difficultés également pour les juristes étrangers à se mettre d'accord sur une définition propre de la sanction. Si le droit allemand ne cite qu'à deux reprises le mot « sanction », une fois pour traiter des sanctions pénales et une autre pour envisager les sanctions internationales, le droit anglais participe de la confusion prédominante sur l'étendue de la signification à donner à ce terme si simple et en même temps si trouble¹⁰⁰².

⁹⁹⁹ Jean-Claude Marin, alors Procureur général près la Cour de cassation, s'interrogeait à l'occasion d'un colloque consacré à la sanction sur l'absence de définition juridique de la sanction, légale ou jurisprudentielle : J.-C. Marin, « Séance d'ouverture », *op. cit.*

¹⁰⁰⁰ *Ibid*, p.18.

¹⁰⁰¹ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p.XII.

¹⁰⁰² Jean-Claude Marin affirme que « le mot sanction a d'abord eu une acception étroite, renvoyant à la partie de la loi contenant une pénalité, pour ensuite s'élargir en une mesure coercitive résultant de la violation du droit, d'une règle ou d'un ordre ». V. J.-C. Marin, « Séance d'ouverture *op. cit.*, p.17. ; Alain Peyrefitte, *Les chevaux du lac Ladoga, La justice entre feu et glace*, Paris, Plon, 1981.

Certains vont même jusqu'à dénier à cette recherche toute utilité, à l'image de Monsieur Charles-Antoine Morand, qui considère que « la » sanction serait « *une expression commode permettant de regrouper dans les manuels élémentaires divers effets de droit. Mais il s'agit d'un terme trompeur qui se révèle à l'analyse peu opératoire et qu'il vaudrait mieux éviter dans le cadre d'une taxinomie à prétention scientifique* »¹⁰⁰³. Pour lui, le terme serait inutile, voire « *nocif* ». ¹⁰⁰⁴ Cette position tranchée ne doit pas pouvoir trouver une écoute favorable, puisqu'il faut au contraire tenter de trouver un fondement scientifique à l'étude de cette notion. D'ailleurs, lorsque la doctrine tente une approche de définition, elle ne parvient à se mettre en accord et les différences affluent comme autant de tentatives de cerner une notion volatile, qui ne se laisse pas aisément appréhender.

301. Une notion protéiforme. Pourquoi la sanction susciterait-elle alors autant de définitions et de débats ? Peut-être tout d'abord parce qu'elle est protéiforme. En effet, la sanction est une et multiple à la fois, puisque sous un même vocable regorgent de nombreuses manifestations différentes. D'une part, la sanction se manifeste dans divers domaines du droit, qu'il s'agisse des classiques droit civil, droit pénal ou droit des affaires, mais elle « *étend [aussi] son domaine d'intervention à la faveur de la création de nouvelles autorités administratives de régulation ou de modes alternatifs aux poursuites* »¹⁰⁰⁵, ce qui se manifeste particulièrement dans le domaine d'intervention du droit économique, qu'il s'agisse du droit de la consommation ou du droit de la concurrence. Il est alors notable de constater que la sanction, étant prononcée dans plusieurs domaines, l'est alors de fait par des autorités différentes, ce que la loi permet d'ailleurs de plus en plus souvent. Qu'il s'agisse de tribunaux judiciaires, administratifs, prud'homaux ou encore d'autorités administratives indépendantes, de plus en plus d'autorités sont autorisées à sanctionner le non-respect d'une règle de droit, ce qui est le fruit d'une évolution des modes de la sanction, comme l'affirme Monsieur Vincent LAMANDA¹⁰⁰⁶. D'autre part, la sanction se manifeste de manière de plus en plus diversifiée, tant et si bien que les auteurs parlent tour à tour de « *mosaïque de sanctions* »¹⁰⁰⁷, d'une notion qui « *peut présenter de multiples visages* »¹⁰⁰⁸ ou encore d'une « *hypertrophie*

¹⁰⁰³ Ch.-A. Morand, « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de philosophie du droit*, t.35, 1990, p.310.

¹⁰⁰⁴ *Ibid*, p.312.

¹⁰⁰⁵ « Présentation du Colloque », in *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation, op. cit.*, p.5.

¹⁰⁰⁶ V. Lamanda, « Séance d'ouverture », in *Conseil d'État, Conseil d'État ; la sanction, regards croisés, op. cit.*, p.14.

¹⁰⁰⁷ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective *op. cit.*, p. XXXV. Les auteurs affirment ainsi qu'il s'agit d'une « mosaïque qui diversifie à l'envi les autorités de sanction, la procédure à suivre, les délais de prescription, le rôle de la volonté individuelle, les pouvoirs du juge, les conditions de sanction, les modalités d'exécution, les recours, etc. »

¹⁰⁰⁸ B. Mallet-Bricoud, « Préface », in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan*, 2007, p.5.

des sanctions [qui] est sans doute autant un phénomène sociologique que juridique »¹⁰⁰⁹. Elles divergent tant par leur nature que par les degrés divers qu'elles recouvrent. D'une « notion générique »¹⁰¹⁰, les « sanctions en droit contemporain se présentent à la manière d'un paysage éclaté, dont une recomposition devrait être tentée, en ayant à l'esprit plusieurs préoccupations : éviter la dispersion du droit en une multitude de sanctions soumises à autant de règles particulières qu'il existe d'illégalités, veiller à la cohérence des solutions, prendre en considération l'efficacité et l'efficience des sanctions sans oublier pour autant les enjeux en termes de valeurs sociales »¹⁰¹¹. Cela s'observe d'ailleurs à tous les niveaux du système normatif puisque le Madame Mireille Delmas-Marty parle à ce propos de « réseaux de sanctions »¹⁰¹² au niveau international. Se confrontent ainsi aussi bien la peine d'emprisonnement que l'amende, la privation d'un droit, le boycott, la confiscation, le suivi socio-judiciaire, le placement sous surveillance électronique, sans que cette liste à la Prévert ne constitue un descriptif exhaustif du tableau complet de la sanction.

302. Une notion à distinguer des autres. L'impératif apparaît être la recherche d'une définition qui englobe ces différentes manifestations du terme sanction, afin qu'elle ne soit ni trop large, ni trop restreinte.

La recherche d'une définition de la sanction conduit le plus clair du temps dans une première impasse, en ce qu'il s'agit alors d'un synonyme de peine. En effet, ces deux notions sont très souvent assimilées, voire confondues. Au demeurant, telle est l'acception retenue par le *Vocabulaire juridique CORNU*¹⁰¹³ dans la première définition donnée, puisqu'il affirme ainsi que dans un sens restreint, il s'agit d'une punition, « *peine infligée par une autorité à l'auteur d'une infraction, mesure répressive destinée à le punir* ». Ailleurs, c'est Monsieur Vincent LAMANDA qui va affirmer que « *derrière la sanction, désignant désormais la « peine » [...] c'est toute la vivacité d'une valeur ou d'un principe transgressé qui se trouve en cause* »¹⁰¹⁴. Cela démontre, s'il en est besoin, les liens intimes que

¹⁰⁰⁹ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p.XIII.

¹⁰¹⁰ J.-C Marin, « Séance d'ouverture », in *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p.17.

¹⁰¹¹ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p.LXVI.

¹⁰¹² M. Delmas-Marty, *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986, p.142 s.

¹⁰¹³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd. MAJ, 2020.

¹⁰¹⁴ V. Lamanda, « Séance d'ouverture », in *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p.13.

tissent la sanction et la peine¹⁰¹⁵. Et pour cause, l'une englobe l'autre, puisque cette dernière n'est qu'une variété de sanctions. La plus connue, la plus emblématique, la plus symbolique, la plus impressionnante également, mais la peine ne peut pas définir à elle-seule la sanction, laquelle se révèle beaucoup plus riche, plus complexe et encore plus diversifiée que la peine pénale, pourtant elle-même multiple. Du reste, Monsieur Jean-Claude MARIN l'exprime parfaitement en assurant qu' « *aujourd'hui, les notions de peine et de sanction, bien qu'intimement liées, divergent sur bien des points. Là où la peine demeure essentiellement répressive, la sanction, quant à elle, a un champ beaucoup plus large. En atteste l'évolution actuelle de celle-ci.* »¹⁰¹⁶. La peine, traduction allégorique du droit pénal, ne peut résumer à elle-seule la complexité de la sanction.

Il faut donc choisir une autre voie pour lui trouver une définition idoine et le chemin le plus évident serait alors, en opposition à l'option précédente, de se tourner vers une linéature plus large, permettant de contenir toutes les variations de la sanction. Cependant, il faut se garder d'une définition trop large, au risque de dénaturer l'intérêt de la sanction. C'est ainsi que ne peut être retenue une définition positiviste qui permettrait d'englober notamment les mesures de police administrative, et qui pourrait être caractérisée par « *tous les moyens de contrainte ou, lato sensu, d'incitation, qui accompagnent la règle de droit* »¹⁰¹⁷, permettant d'intégrer les mesures préventives et même les sanctions positives, les récompenses. Cela s'avérerait trop large et trop risqué pour l'homogénéité du concept de sanction. Malgré un certain succès de cette acception auprès de nombreux auteurs¹⁰¹⁸, elle doit toutefois être rejetée pour embrasser une acception plus contenue de la sanction¹⁰¹⁹.

¹⁰¹⁵ Christophe Jamin va aussi retenir cette définition, laquelle reprend celle du sens courant donnée par le *Dictionnaire Le Robert*, en troisième position, *op. cit.*

¹⁰¹⁶ J.-C. Marin, « Séance d'ouverture », in *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2015, p.16.

¹⁰¹⁷ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.XX. Cette définition correspond au sens 3 donnée par le *Vocabulaire juridique de l'Association H. Capitant*, : « tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation ».

¹⁰¹⁸ Ch.-A. Morand, *op. cit.*, note 39. ; G. Cornu, *Introduction, Les personnes, Les biens*, Domat, 10^e éd., 2001, n°20, n°517 ; J. Ghestin, G. Goubeaux, M. Fabre-Magnan, *Introduction*, LGDJ, 4^e éd., 1994, n°319 ; Ph. Malaurie, P. Morvan, *Introduction*, Defrénois, 2^e éd., 2005, n° 323 s., 40 ; Ph. Malinvaud, *Introduction à l'étude du droit*, LexisNexis, 21^e éd., 2021, n°39 s. ; F. Terré et N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2021 ; J.-P. Gridel, *Introduction au droit français*, Dalloz.

¹⁰¹⁹ Une incertitude persiste quant à la valeur à accorder aux mesures de sûreté. Faut-il les considérer comme des peines complémentaires ou des mesures d'une autre nature ? Des sanctions ou non ? Si certains auteurs semblent perplexes, il semble qu'il faille considérer, ainsi que le relève le Professeur Christine Lazerges, que ces mesures de sûreté constituent finalement des peines, qui doivent par conséquent obéir à leur régime, et donc, au surplus, être retenues comme des sanctions. Cela semble être confirmé par l'analyse faite par la Cour européenne des droits de l'homme à propos de la sanction (CEDH 23 septembre 1998, *Malige c/ France*. V. not. LAZERGES C.,

303. Transition. Il apparaît alors indispensable, dans le sillage de certains auteurs, d'emprunter une voie médiane et de retenir une définition qui puisse offrir une définition équilibrée de la sanction, fondée sur ses rôles communs, tant préventifs que répressifs.

II. La définition retrouvée de la sanction juridique.

304. Présentation. Au gré des époques et des auteurs, la sanction, au sens juridique du terme, est passée par tous les états. Néanmoins, il apparaît impératif de trouver une cohérence au sein de ces différentes définitions afin de trouver une acception juridique commune qui puisse contenir la sanction dans toutes ses expressions. Ainsi, ses différents rôles vont nous guider dans l'établissement d'une définition juridique unique (A), laquelle servira de socle pour les différentes variétés de sanctions existantes, parmi lesquelles les sanctions non civiles. Se dégagera dès lors une fonction principale : la fonction normative de la sanction (B).

A. Dégager une définition unique de la sanction juridique.

305. Un « mécanisme rétrospectif », une réaction. A mesure que la sanction se dévoile, un rôle majeur de celle-ci apparaît : elle a pour but de créer un ordre social, par l'existence d'un « mécanisme rétrospectif », ainsi que la nomme le Doyen Carbonnier¹⁰²⁰, une réaction presque « épidermique » à la violation d'une règle de droit. « Le droit est souvent défini comme un ordre social original justement parce qu'il comporte des règles de conduite assorties de sanctions dans l'hypothèse de leur violation. »¹⁰²¹, comme le constate madame Blandine Mallet-Bricout. De nombreuses variations de la définition de la sanction vont se raccrocher à cette fonction. Ainsi, Mesdames Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, repris par Monsieur Jean-Claude Marin¹⁰²², s'accordent à la considérer comme « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »¹⁰²³, ou

« L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *op. cit.*. Le constat impose de les considérer comme des sanctions punitives.

¹⁰²⁰ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 3^e éd., 2016, p.188.

¹⁰²¹ Blandine Mallet-Bricout, « Préface », *op. cit.*, p.5.

¹⁰²² J.-C Marin, « Séance d'ouverture », *op. cit.*, p.16.

¹⁰²³ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », *op. cit.*, p.XXII. Monsieur Mustapha Mekki, dans le même ouvrage, s'accorde également à considérer que la sanction est une « mesure de réaction à la violation de la légalité ». M. Mekki, « considérations sociologiques sur le droit des sanctions », *op. cit.*, p.31.

encore comme « toute mesure par laquelle le droit répond à sa violation et aux désordres qui en résultent »¹⁰²⁴, allant dans le même sens que le Doyen CARBONNIER qui estimait que la sanction était « une réponse à l'inobservation de la règle »¹⁰²⁵. Monsieur Louis-Augustin Barrière assure quant à lui que « les sociologues et les anthropologues qui étudient le droit en interaction avec d'autres systèmes de régulation sociale ont eu aussi recours au mot sanction. Ils ont étendu son sens jusqu'à présenter la sanction comme « la réaction d'un groupe social ou d'une institution face à une certaine conduite, par laquelle s'exprime l'approbation ou la désapprobation de la conduite qu'on sanctionne, et sont renforcées les règles d'action du groupe dans sa tentative d'encourager ou de décourager ses membres pour qu'ils accomplissent certaines conduites ou s'abstiennent d'accomplir certaines autres, avec la perspective d'obtenir l'avantage ou de souffrir la privation, qui, du point de vue du sanctionné, forment le contenu de la sanction »¹⁰²⁶. »¹⁰²⁷. Ces définitions, si elles ne concernent pas la notion juridique *stricto sensu*, permettent néanmoins d'éviter les « risques de fragmentation au sein d'une institution juridique unitaire » pour Monsieur Jean-Claude MARIN. Elles traduisent en outre parfaitement l'origine étymologique de la notion. Monsieur Vincent LAMANDA rappelle fort à propos que « l'étymologie révèle pourtant combien le concept est riche de sens. « *Sanctio* » en latin provient du verbe « *sancire* » : rendre inviolable, donner un caractère sacré, en un mot « consacrer » »¹⁰²⁸. Sanctionner reviendrait donc à donner un caractère inviolable à la règle de droit, ce qui correspond aux acceptions données : le non-respect de la règle de droit entraînera indubitablement la sanction.

306. Une contrainte, un dommage infligé. Cependant, la sanction n'est pas qu'une réaction de la société face à la violation de la règle juridique. Lorsque l'on se place du côté du contrevenant, cela constitue avant tout une contrainte ou un dommage infligé¹⁰²⁹. Certains auteurs, comme le Doyen CARBONNIER considèrent qu'il est préférable de parler de contrainte pour désigner les mesures destinées à prévenir la violation de la règle¹⁰³⁰. Pourtant, la violation de la loi (entendue au sens large), possède pour son auteur des conséquences manifestes qui ne peuvent être ignorées. Elles se traduisent au travers de la sanction, ce qui constitue bien une contrainte en ce qui le concerne, puisqu'il subira une réaction sociétale à la

¹⁰²⁴ Cécile Chainais et Dominique Fenouillet, « le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.XX.

¹⁰²⁵ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit. p. 188.

¹⁰²⁶ André-Jean Arnaud (et alii), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris LGDJ, 2^e édition, 1993, v^o « sanction », cité par L.-A. Barrière, « Propos introductifs », op. cit., sp. p.13.

¹⁰²⁷ *Ibid.*

¹⁰²⁸ V. Lamanda, « Séance d'ouverture », op. cit., p. 13.

¹⁰²⁹ J.-M. Delarue, Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit, p.13 et s.

¹⁰³⁰ J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, op. cit. p. 188.

suite de la commission d'un acte interdit. Au surplus, Monsieur Jean-Claude MARIN, qui reprend Hans KELSEN¹⁰³¹, assure que « *le droit est un ordre de contrainte* », laquelle devient alors « *le reflet de l'ordre juridique [et] la sanction en est la traduction formelle.* »¹⁰³². Monsieur Philippe JESTAZ constate également cette influence de la sanction comme contrainte, précisant que « *la règle est assortie de coercition lorsque l'ordre juridique prévoit les moyens de son application autoritaire, soit par exécution effective du tarif, soit par un autre procédé indépendant de ce tarif* »¹⁰³³. S'il observe que « *la contrainte n'est qu'une cause parmi d'autres de l'effectivité* »¹⁰³⁴ de la sanction, elle reste fondamentale lorsque la sanction est mise en œuvre et pas simplement encourue. Toutefois, ainsi que Monsieur Philippe JESTAZ va le faire remarquer, cette contrainte supposerait une organisation externe. Citant DURKHEIM, il réaffirme que « *le droit apparaît lorsque la contrainte sociale devient volontaire, lorsqu'elle s'organise et se spécialise* ». Or, la contrainte, exercée par État qui en détiendrait le monopole, constituerait « *une vaste et complexe machinerie* »¹⁰³⁵, à laquelle seraient assujettis les particuliers et les personnes investies de l'autorité publique. Cependant, si l'auteur considère que la sanction n'est pas toujours prononcée, ou qu'elle n'est pas toujours nécessaire en tant que contrainte étatique, il ne faut pas oublier l'aspect psychologique de la contrainte au sein de la sanction. La sanction est telle que même avant son prononcé, le simple fait de la viser dans un texte normatif va conduire les individus à une sorte d'auto-contrainte qui va les empêcher de commettre le comportement interdit. De fait, si l'aspect contrainte de la sanction en tant que dommage infligé peut être considéré comme d'application à géométrie variable, en fonction de l'identification du comportement sanctionné et de sa fulmination réelle, l'aspect de contrainte psychologique aura un effet beaucoup plus certain pour les citoyens désireux de ne pas transgresser la loi. Par conséquent, il serait malencontreux d'écarter cette fonction de la sanction qui se révèle être à double lecture.

307. Retenir une définition unique. Un détour par les définitions données en matière de sanction éducative apporte également un éclairage intéressant. Ainsi, pour Monsieur Eirick PRAIRAT, « *la sanction (ou la punition) est entendue au sens large comme l'acte par lequel on rétribue un comportement qui porte atteinte aux normes, aux lois aux valeurs ou aux personnes d'un groupe social*

¹⁰³¹ H. Kelsen, *RCAl*, 1932, t. 42, p.121.

¹⁰³² J.-C Marin, « Séance d'ouverture », *op. cit.*, p.15.

¹⁰³³ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.1986*, chron. XXXII, p. 197 et s.

¹⁰³⁴ *Ibid.*

¹⁰³⁵ *Ibid.*

constitué »¹⁰³⁶. Il s'agit là aussi d'une sanction large qui ne fait pas la différence entre sanction et punition. En outre, il affirme également que la sanction devrait comporter une dimension punitive et réparatrice. Pour Monsieur Philippe MEIRIEU : « sanctionner c'est bien, en effet, attribuer à l'autre la responsabilité de ses actes »¹⁰³⁷. Finalement, tout cela conduit à l'élaboration d'une définition juridique de la sanction qui se voudrait être la combinaison de ses éléments principaux. Par conséquent, la sanction constitue « toute réaction du droit à la violation d'une norme juridique entraînant une contrainte.

308. Transition. Cette dernière, quelle que soit l'autorité qui la prononce (un juge, une autorité administrative) trouve alors à s'appliquer de façon assez générale pour que tous les domaines soient recouverts sans que l'essence de la sanction ne soit oubliée. Cela permet d'éviter une fragmentation de la sanction et de traduire l'évolution contemporaine des sanctions, tout en s'assurant une répression de l'atteinte au lien social, fonction philosophique originelle selon Monsieur Franck Roumy¹⁰³⁸, traduction de la normativité de la règle de droit.

B. La fonction normative de la sanction juridique.

309. La sanction, symbole de la normativité juridique. La doctrine a pu être questionnée sur la symbolique de la sanction. Cependant, la réponse n'est pas aisée à traduire et à exploiter, tant les prismes utilisés sont différents et les questions posées variées. Une des questions ainsi posées fut de savoir « qu'est-ce qui fait la force des normes en droit ? »¹⁰³⁹. Les réponses furent évidemment variées, selon la mouvance et la sensibilité de chacun. Néanmoins, une partie d'entre eux donna des réponses sensiblement similaires, donnant la part belle à la contrainte et particulièrement à la sanction comme traduction de la force normative de la règle de droit. Ainsi

¹⁰³⁶ E. Prairat, « Penser la sanction », in *Revue française de pédagogie*, volume 127, 1999. Approches cliniques d'inspiration psychanalytique, pp. 107-117.

¹⁰³⁷ S'agissant de la sanction éducative en matière infantile, il poursuit alors ses propos en affirmant que c'est la mise face à la responsabilité de ses actes « même si cette attribution est constitutivement prématurée, même si elle est, stricto sensu, au moment où elle est faite, un leurre – puisque l'enfant n'est précisément pas déjà éduqué- elle contribue à son éducation en créant chez lui progressivement cette capacité d'imputation par laquelle sa liberté se construit. (...) » : Ph. Meirieu, *Le choix d'éduquer*, Paris, ESF, 1991, p.66, cité in E. Prairat, « Penser la sanction », in *Revue française de pédagogie*, volume 127, 1999. Approches cliniques d'inspiration psychanalytique, pp. 107-117.

¹⁰³⁸ Fr. Roumy, « Les origines romano-canoniques du concept moderne de la sanction », in C. chainais et D. Fenouillet, *op. cit.*, p.3 et s.

¹⁰³⁹ Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 857 et s.

en est-il de Madame Marie MALAURIE¹⁰⁴⁰, qui considère qu'il s'agit de « *la sanction en premier lieu* », tandis que Madame Catherine THIBIERGE affirme également que même si la réponse dépend des circonstances, elle retient tout de même que la force des normes en droit se traduit par « *sa sanction assez souvent. Sa potentialité à avoir des effets sur ses destinataires* »¹⁰⁴¹. Le caractère obligatoire de la norme ressort également fortement, puisque pour Monsieur Loïc CADIET, « *ce qui fait la force des normes en droit [c'est] d'une part, la menace de la contrainte externe, d'autre part, le sentiment de leur caractère « obligeant », dans le for intérieur, l'une et l'autre variant selon les individus.* » En outre, il semble à Monsieur Philippe BRUN que « *ce qui fait la force de la norme, c'est avant tout la conviction qu'on ses destinataires qu'elle les oblige et le degré d'adhésion qu'elle suscite par son contenu* »¹⁰⁴² et à Monsieur Collet que cela se manifesterait dans « *la croyance de ceux auxquels elle s'adresse dans le fait qu'ils doivent s'y plier* »¹⁰⁴³. A dire vrai, ce ne sont pas les seules réponses apportées et d'autres auteurs mettent en avant d'autres éléments, telles que l'autorité qui énonce la norme, l'utilité ou la nécessité de la norme ; ou encore sa réception.

310. La « normativité du droit » et sa force normative. La normativité du droit, expression née dans la seconde moitié du XXe siècle¹⁰⁴⁴, se caractérise très souvent par la capacité de la règle de droit à être sanctionnée. D'ailleurs, pour Madame Blandine MALLET-BRICOUD : « *s'intéresser à la sanction en droit (...), c'est s'intéresser au droit lui-même, tant les deux notions semblent fondues l'une dans l'autre : on sait en effet que le droit est souvent défini comme un ordre social original justement parce qu'il comporte des règles de conduite assorties de sanctions dans l'hypothèse de leur violation* »¹⁰⁴⁵. La norme ne trouverait donc de sens que lorsqu'elle est accompagnée d'une sanction, lui conférant non seulement une portée symbolique, mais également une réalité juridique. Monsieur Philippe Jestaz affirme ainsi qu' « *une règle est effective lorsque les décisions des autorités publiques et/ou des particuliers se conforment au modèle qu'elle édicte* »¹⁰⁴⁶. Les notions de normativité du droit, de force normative sont souvent utilisées l'une pour l'autre, même si certains auteurs les distinguent à la

¹⁰⁴⁰ Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 857 et s.

¹⁰⁴¹ *Ibid.*

¹⁰⁴² *Ibid.*

¹⁰⁴³ *Ibid.*

¹⁰⁴⁴ François Brunet, *La normativité en droit*, préf. Etienne Picard, Mare & Martin, 2011, p.25.

¹⁰⁴⁵ B. Mallet-Bricoud, « Préface », in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, 2007, p.5.

¹⁰⁴⁶ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*1986, chron. XXXII, p. 197 et s.

marge¹⁰⁴⁷. L'intérêt qui doit être porté à ces notions réside dans le lien étroit, voire intime, qu'elles tissent avec la sanction par rapport à l'existence de la norme juridique.

311. La sanction, contrepoint essentiel de la règle de droit, vision positiviste. La sanction serait alors un outil de contrepoint essentiel dans la structure de la norme juridique, ce que Monsieur Louis-Augustin BARRIERE souligne en comparant avec la doctrine allemande pour laquelle « *pour être respectée, la règle de droit devait être assortie d'une forme de contrainte* »¹⁰⁴⁸. Jhering pousse cette théorie à son paroxysme lorsqu'il affirme qu'une « *règle de droit dépourvue de contrainte juridique est un non-sens : c'est un feu qui ne brûle pas, un flambeau qui n'éclaire pas* »¹⁰⁴⁹. En cela, il est rejoint par de nombreux auteurs, dont Monsieur Paul AMSELER qui considère que « *la contrainte en question est considérée comme un élément structurel du droit lui-même tel qu'il est édicté et à l'œuvre dans les sociétés humaines, comme un attribut inhérent des règles ou des normes [...] dont il est composé : ces dernières sont entrevues et présentées comme des règles ou normes « coercitives »* »¹⁰⁵⁰. Cette théorie est confirmée par de nombreux auteurs très célèbres qui considèrent que le caractère contraignant serait « *propre à la règle de droit* »¹⁰⁵¹ comme le Doyen CARBONNIER, ou encore Hans KELSEN et Monsieur Philippe JESTAZ, lequel estime que « *le droit est un ordre de contrainte : les normes constitutives d'un ordre juridique prescrivent la contrainte* »¹⁰⁵². La sanction aurait donc pour fonction « *d'assurer la réalisation de la règle juridique* »¹⁰⁵³ et servirait d'« *instrument de contrainte* » pour assurer l'effectivité de la loi¹⁰⁵⁴, ceci étant confirmé également par GENY, ROUBIER ou encore MOTULSKY¹⁰⁵⁵. Cette vision binaire de la normativité du droit associée à sa sanction transcrit la vision positiviste du droit selon laquelle la sanction « *serait la source de la règle* »¹⁰⁵⁶ et une sanction négative s'imposerait donc pour s'assurer de son efficacité : sans crainte d'une affliction en cas de non-

¹⁰⁴⁷ C. Thibierge, « Introduction », in Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*

¹⁰⁴⁸ Louis-Augustin Barrière, « Propos introductifs », in *La sanction*, L'Harmattan, 2007, p.5 et s., sp. p.15, qui fait référence à Charles-Albert Morand, « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p.293 et s., sp. 296 et réf. Citées.

¹⁰⁴⁹ Jhering, *L'évolution en droit*, (traduction Mareq), Paris, 1901, p.206-213, cité par Ch.-A. Morand, « La sanction », *Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p.293 et s., sp. 296.

¹⁰⁵⁰ P. Amseler, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 3 et s (sp. p. 3).

¹⁰⁵¹ J Carbonnier, cité par P. Amseler, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 3 et s (sp. p. 3).

¹⁰⁵² H. Kelsen, RCADI 1932, t. 42, p.121, in J.-C Marin, « Séance d'ouverture », in *La sanction : regards croisés du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2015, p.15.

¹⁰⁵³ L.-A. Barrière, « Propos introductifs », *op. cit.*, sp. p.13.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, sp. p.15,

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*

¹⁰⁵⁶ B. Beignier, J.-R. Binet, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Cours », 7^e éd., 2020, p.65-67.

respect, la loi perdrait de son impact, de sa force de persuasion. Le rôle accordé à la sanction apparaît primordial ici.

Un monde de règles sans sanctions serait dès lors voué à l'échec. Une étude pratique sur la question avait d'ailleurs été menée dans le système éducatif, laquelle s'avéra désastreuse¹⁰⁵⁷, ce qui confirme alors cette idée selon laquelle le droit ne pourrait être que contraint. Comme l'affirme Monsieur Vincent LAMANDA, « *A la différence des lois de nature, les lois humaines, par essence susceptibles de violations, ne seraient que viles paroles, si nulle réaction, ne venait y donner force* ». ¹⁰⁵⁸ Le rôle majeur de la sanction dans la normativité de la règle de droit ne fait alors aucun doute et un système sans sanction serait un système voué à l'échec et au chaos, dans une société qui est animée par l'idée de respect du contrat social, cher à HOBBS et ROUSSEAU¹⁰⁵⁹. Le pouvoir, conféré à l'État pour maintenir la paix sociale, élabore des règles assorties de sanctions pour en assurer son efficacité¹⁰⁶⁰ et permet ainsi le rétablissement de la confiance des citoyens et la « *reconstitution de la conscience sociale* », constituant ainsi une « *fonction compensatrice* »¹⁰⁶¹ essentielle pour la société¹⁰⁶².

La sanction, essentielle, serait donc la condition *sine qua non* à l'efficacité de la norme juridique. Cependant, ne serait-ce pas excessif ? Le lien est-il si incontestable entre les deux ?

312. Un lien indéfectible à tempérer. La force de l'union entre la sanction et la normativité du droit est telle qu'il semble impossible de le remettre en cause. Pourtant, de nombreux auteurs viennent modérer cette relation fusionnelle que ces concepts entretiennent. Tout d'abord, même si la plupart des règles sont assorties de sanctions, certaines ne le sont pas et n'en constituent pas moins des normes de droit au sens propre du terme. L'on pense ici notamment aux lois déclaratives¹⁰⁶³, mais également à tout ce qui constitue le droit souple, ou *soft law*,¹⁰⁶⁴ qui a

¹⁰⁵⁷ E. Prairat, « Penser la sanction », op. cit.. L'expérience se déroula pendant une dizaine d'années dans les années 1920 sur Hambourg avec des personnels volontaires et enthousiastes face à l'expérience. Cependant, ils ne purent que constater les grandes limites à cette politique de l'abstention, les enfants étant devenus très indisciplinés. Cette pratique de l'absentisme fut donc totalement abandonnée.

¹⁰⁵⁸ V. Lamanda, « Séance d'ouverture », op. cit., p.13.

¹⁰⁵⁹ J.J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 1762, 2011 ; Th. Hobbes, *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, Dalloz, 1999 (1971).

¹⁰⁶⁰ J.-C. Marin, « Séance d'ouverture », op. cit., p.15-16.

¹⁰⁶¹ V. Lamanda, « Séance d'ouverture », op. cit., p.15-16.

¹⁰⁶² Cette fonction compensatrice se retrouve également chez Nietzsche qui parle quant à lui de « fonction compensatrice et mnémotechnique » de la peine. V. Eirick Prairat, *Penser la sanction. Les grands textes*, Paris, L'Harmattan, 1999, p.63 et s.

¹⁰⁶³ Loi reconnaissant le génocide arménien par exemple.

¹⁰⁶⁴ Ces règles de droit prennent le parti de l'incitation au respect de la norme en ne les assortissant pas de réelles sanctions. On suggère, on conseille, on incite mais on n'impose pas. Ce qui se comprend aisément dans le cadre

tendance à se développer ces dernières années, particulièrement en droit international¹⁰⁶⁵. De plus, la force de la contrainte n'est pas toujours égale, selon la catégorisation de la loi (règle d'ordre public, règle impérative ou règle supplétive).

En outre, il est permis de tempérer la force apportée à la sanction par rapport à la règle de droit au regard de son effectivité. Monsieur Denys DE BECHILLON affirme ainsi que la « *sanction ne garantit pas l'effectivité du droit* »¹⁰⁶⁶. Ainsi, si « *le spectre de la sanction* » conduit à l'acceptation commune à assurer le respect de la règle, à garder son application correcte »¹⁰⁶⁷, il est possible pour le citoyen d'aller contre car « *le propre du droit c'est de pouvoir être violé* »¹⁰⁶⁸. Dès lors, la sanction ne caractériserait pas à elle seule le « *critère de juridicité de la sanction, mais aurait néanmoins un rôle prophylactique en ce qu'elle orienterait chacun entre « respect et irrespect lorsque la vertu a échoué à le faire seule* »¹⁰⁶⁹. Par conséquent, l'existence d'une contrainte prouverait l'existence d'une obligation mais pas l'apparition d'une obligation juridique¹⁰⁷⁰. Cela conduirait donc à considérer la sanction comme un indice de la juridicité de la norme de droit et même plus, un critère essentiel, mais il ne serait pas le seul.

Pour s'en convaincre, il suffit de rechercher les autres causes qui pourraient conduire au respect de la norme. En effet, si la sanction traduit l'impérativité de la loi, elle n'est pas la seule à caractériser la normativité de la règle. Ainsi en est-il de notamment de la « *conscience morale des individus [qui] conduit à son respect normal et naturel* »¹⁰⁷¹. « Pour ceux qui respectent positivement la loi, la sanction ne peut s'identifier à la contrainte. L'amour de la loi passe avant sa crainte ». Subrepticement, on passerait donc de la contrainte à la liberté, ce que souligne également Monsieur François BRUNET, qui considère non seulement que la sanction devrait être distinguée de la contrainte¹⁰⁷², laquelle ne serait pas que juridique, mais également morale,

de relations internationales parfois délicates où le terme « diplomatie » prend tous son (ses) sens, permet de tempérer l'impérativité de l'association de la sanction à la norme juridique.

¹⁰⁶⁵ Pour Monsieur François Brunet, « Il résulte de l'existence même des lois romaines « imparfaites » qu'elles n'en étaient pas moins des lois ce n'est donc pas « l'imperfection » des lois romaines qui permet de considérer aujourd'hui que le droit non sanctionné serait lui-même imparfait -voire du « faux » droit. L'absence de sanction justifiait d'en faire un « espèce » à part, sans pour autant les exclure du « genre » juridique. Par conséquent, « il est inexact que l'on ne doive considérer comme juridiques que des dispositions pour lesquelles est prévue une sanction » (G. Abgamben, p.46 L'auteur semble faire cependant un contresens lorsqu'il cite ensuite Ulpian puisqu'il affirme : « qu'on ne doit considérer comme *perfecta* que la loi pour laquelle n'est pas prévue de sanction », cité par Brunet) ». V. François Brunet, *La normativité en droit*, préf. Etienne Picard, Mare & Martin, 2011, p.181.

¹⁰⁶⁶ D. de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997, p.61.

¹⁰⁶⁷ *Ibid.*

¹⁰⁶⁸ *Ibid.*

¹⁰⁶⁹ *Ibid.*

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ B. Beignier, J.-R. Binet, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p.65-67.

¹⁰⁷² François Brunet, *La normativité en droit*, *op. cit.*, p.422-425.

sociétale. La sanction n'est pas la seule cause du respect des normes¹⁰⁷³. En cela, il est rejoint par d'autres auteurs, qui considèrent notamment que « *la sanction par contrainte n'est jamais (...) systématique, elle ne survient qu'en cas de refus de la part de celui qui est normalement astreint au pouvoir de la règle : elle est donc au débouché de la règle* »¹⁰⁷⁴. Pour Messieurs Bernard BEIGNIER, Jean-René BINET et Madame Anne-Laure THOMAT-RAYNAUD, « *la sanction n'est pas la preuve du droit mais sa contre preuve. Elle est le révélateur que cette règle sociale est bien une règle de droit et non une autre (comme la règle morale, par exemple).* »¹⁰⁷⁵.

Au regard de tout ce qui précède, il est indéniable que « la sanction entretient des liens particulièrement étroits avec la normativité juridique »¹⁰⁷⁶. Cependant, si elle est essentielle à son efficacité, elle n'est pas unique, puisque le libre-arbitre joue un rôle fondamental, à l'image de ce qu'en pensent les jusnaturalistes¹⁰⁷⁷. « *Il [serait] donc inexact de dire que la sanction fonde la règle, en revanche, elle la démontre en cas de contestation de celle-ci* »¹⁰⁷⁸.

313. Conclusion de section. La sanction, fondamentale dans la caractérisation de la normativité de la règle, serait donc « *le dernier argument du droit* »¹⁰⁷⁹. Indissociable de la force normative de la règle, sa manifestation conditionnerait son efficacité, laquelle ne se matérialise pas par son prononcé, mais par la potentialité de sa fulmination en cas de non-respect. Cependant, n'existerait-il pas des formes de variabilité de la normativité de la règle en fonction de la sanction ? Chaque type de sanction n'aurait-il pas un impact différencié sur la norme ? En matière économique contractuelle, le constat de la prolifération des sanctions pénales et administratives est indéniable, tant et si bien que cela conduit à s'intéresser aux qualités et aux rôles inhérents de chacune de ces sanctions, afin d'en trouver les intérêts et les limites, les points communs et différences, ainsi que la pertinence du recours différencié à chacune d'entre elles.

¹⁰⁷³ *Ibid.*, p.181-183

¹⁰⁷⁴ B. Beignier, J.-R. Binet, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, *op. cit.*, p.65-67.

¹⁰⁷⁵ B. Beignier, J.-R. Binet, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p.65-67.

¹⁰⁷⁶ François Brunet, *La normativité en droit*, préf. Etienne Picard, Mare & Martin, 2011, p.180.

¹⁰⁷⁷ Catherine Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009.

¹⁰⁷⁸ B. Beignier, J.-R. Binet, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, *op. cit.*, p.65-67.

¹⁰⁷⁹ *Ibid.*

Section 2. La sanction non civile : l'aporie de la distinction entre sanction administrative et pénale.

314. Délimitation. La sanction non civile n'est pas une catégorie proposée classiquement en droit. Il n'est pas de définition spécifique à cette notion, quel que soit l'ouvrage compulsé, et elle est d'ailleurs peu usitée. Pour autant, son étude semble s'imposer au regard du constat des différentes sanctions existantes en droit économique. On le sait, le constat est sans appel : les sanctions pénales et les sanctions administratives prennent une place conséquente dans le système sanctionnateur économique contractuel. Depuis une quarantaine d'années, au gré des réformes, le législateur a tenu à renforcer d'abord les sanctions pénales, puis alternativement voire cumulativement les sanctions administratives et pénales pour régir le droit de la consommation et de la concurrence. Partant, il s'avère impératif de s'attarder plus en avant sur ces sanctions, sur leurs sens, leurs fonctions et l'essence qui anime chacune d'elles afin de comprendre la nécessité qui est celle du législateur de recourir de façon massive à ces sanctions en droit économique. Plus, cela permettra de délimiter si ces dernières se distinguent réellement encore aujourd'hui, ou si le « *flou du droit* »¹⁰⁸⁰ s'étend également au flou de la sanction. Si la sanction pénale connaît en principe une identification claire et délimitée¹⁰⁸¹, la sanction administrative a vu son rôle tendre de plus en plus vers une sanction pénale de substitution, ce qui conduit l'observateur à constater que ces sanctions disposent non seulement de fonctions de plus en plus communes, particulièrement répressives (I) mais également d'une identité de régime de plus en plus marquée, notamment grâce au travail de délimitation effectué par les différentes juridictions supra législatives, que sont le Conseil constitutionnel et les juridictions

¹⁰⁸⁰ Expression empruntée à Madame Mireille Delmas-Marty : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, coll. « Quadrige », 2004.

¹⁰⁸¹ Si l'on excepte toutefois la question persistante des mesures de sûreté. : G. Vidal et J. Magnil, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, 7^e éd., 1928, n°444 et s. ; F. Tulkens et M. Van de Kerchove, *Introduction au droit pénal*, éd. Story-Sciention, Bruxelles, 1991

européennes - la Cour européenne des droits de l'Homme et la Cour de justice de l'Union Européenne (II).

I. Les sanctions non civiles, deux sanctions répressives

315. Présentation. Devant la sanction non civile, le juriste est frappé par les similitudes de fait qui s'imposent entre les sanctions administratives et les sanctions pénales. Autant les sanctions civiles, même si elles sont diversifiées, présentent une identité propre, fondée sur la satisfaction du contractant et sur la remise en état de la situation antérieure au manquement constaté, cherchant à faire « comme si » la situation dommageable n'avait jamais eu lieu, autant les fonctions des sanctions non civiles se chevauchent et interrogent quant à la pertinence de l'existence de deux systèmes sanctionneurs identifiés. L'aspect le plus marquant de cette ressemblance frappante entre les deux sanctions est certainement la fonction répressive de ces « fausses-sœurs », qui tend de plus en plus à créer une confusion entre elles, et questionne sur la pertinence du maintien de sanctions de natures différentes. En effet, alors que la sanction pénale constitue une sanction répressive par nature (A), la sanction administrative est devenue, au gré des réformes de ces quarante dernières années, une sanction toute autant répressive (B).

A. La sanction pénale, une sanction répressive par nature

316. Présentation. La sanction pénale constitue la sanction la plus emblématique. La sanction pénale est pour la société une référence symbolique et essentielle (1). Parmi les fonctions de la peine, la sanction la plus manifeste du domaine pénal, la fonction répressive de la sanction pénale ne surprend guère, elle relève même de son essence, tant l'aspect rétributif est mis en avant et caractérise l'ADN de la peine (2).

1. La sanction pénale, une référence symbolique et essentielle

317. La peine, un symbole du droit et de l'état de la société. La sanction pénale est la sanction par excellence, celle à laquelle tout un chacun pense lorsqu'est évoquée cette notion en droit¹⁰⁸². La peine s'affiche comme le symbole du respect de la règle de droit, menaçant comme

¹⁰⁸² V. *supra*, n°284.

une épée de Damoclès quiconque s'aventurerait à oser la violer. Véritable cocarde du droit pénal et plus largement de tout le droit français (et on pourrait même étendre cette affirmation au droit comparé et à presque tous les autres systèmes juridiques actuels), elle s'affirme comme un véritable « *miroir de la justice* »¹⁰⁸³. Elle traduit l'état d'esprit d'une société à un moment donné et son degré d'acceptation du comportement fautif. Plus la sanction encourue est grave, moins le comportement commis est toléré. Le contrat social¹⁰⁸⁴ évoqué *supra* se traduit parfaitement ici au travers de la peine : c'est l'État qui sera responsable de la sanction des individus qui n'ont pas respecté le contrat qui lie les individus entre eux, tandis que le législateur aura la charge de délimiter ce qui est susceptible de condamnation ou non.

318. La peine, une notion évolutive et multiple. La peine évolue et se renouvelle, tant par son contenu que par ce qu'elle réprime, au gré des évolutions sociétales. De peines extrêmement inflictives et fondées sur le châtement corporel dans l'Ancien droit, que l'on pense au supplice de la roue subi par Quasimodo dans le roman *Notre Dame de Paris*¹⁰⁸⁵ ou l'écartèlement du condamné Damiens expliqué dans les moindres détails par Michel Foucault dès les premières lignes de son ouvrage *Surveiller et punir*¹⁰⁸⁶, le système pénal a évolué vers un système fondé beaucoup plus sur la privation de liberté, avec l'explosion de la peine privative de liberté et particulièrement de la peine d'emprisonnement. Pourtant, si elle reste toujours caractéristique de la sanction pénale et se présente de façon prééminente dans le Code pénal, la peine privative de liberté n'est plus la seule réponse mise en place pour sanctionner et réguler les agissements des citoyens. En effet, comme cela a déjà été souligné, la peine se dévoile multiple afin de toujours mieux répondre aux comportements infractionnels commis et disposer d'un châtement en lien avec l'infraction commise. C'est pourquoi la sanction pécuniaire tient une place primordiale actuellement, particulièrement en matière économique¹⁰⁸⁷. En outre, cette sanction devient la peine principale pour réprimer les personnes morales, qui ne peuvent bien évidemment pas faire l'objet de peines privatives de libertés. Existente également d'autres peines privatives de droits, de confiscations, etc., qui viennent multiplier les réponses pénales personnalisées aux comportements illicites commis. D'ailleurs, la personnalisation de la peine¹⁰⁸⁸ est un des impératifs dans l'établissement et le choix de la sanction, puisque le juge devra

¹⁰⁸³ Y. Ducloux, *La peine, miroir de la justice*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2012.

¹⁰⁸⁴ J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Flammarion, 2011 (1762)

¹⁰⁸⁵ V. Hugo, *Notre Dame de Paris*, Pocket, 2019 (1831).

¹⁰⁸⁶ M. Foucault, *Surveiller et punir*, *op. cit.*

¹⁰⁸⁷ On le voit particulièrement avec l'amende et la mise en place de l'amende proportionnelle (cf. *supra*, 189 et s.)

¹⁰⁸⁸ Il s'agit d'un principe général du droit pénal (C. pén., art. 132-24).

obligatoirement y faire preuve de discernement lorsqu'il sera amené à infliger les sanctions les plus appropriées au condamné, qu'il s'agisse de la nature de la sanction ou de son *quantum*. Pourquoi ? Car la peine est considérée, à raison dans la plupart des cas, comme la sanction inflictive par excellence, la plus coercitive, la plus grave, celle qui impacte le plus les droits et libertés de la personne condamnée et celle qui aura le plus de répercussions morales et afflictives sur le fautif.

319. La peine, critère de définition de l'infraction. Définie par Monsieur Jean PRADEL comme « *un mal infligé à un délinquant à cause de sa faute, une souffrance imposée par l'autorité à titre de sanction de la violation de règles fondamentales de la vie d'un « groupe »* »¹⁰⁸⁹, la peine se révèle également comme un critère essentiel de définition de l'infraction. Cela se traduit bien évidemment par l'adage « *Nulla poena, nullum crimen sine lege* »¹⁰⁹⁰, lequel induit le principe fondamental du droit pénal qui innerve encore aujourd'hui toute la matière : le principe de légalité des délits et des peines. Messieurs Frédéric DESPORTES et Francis LE GUNEHEC affirment ainsi qu'une « obligation ou une interdiction n'est une infraction que si elle est édictée sous la menace d'une peine. C'est donc la peine qui constitue le critère de reconnaissance de l'infraction et, par voie de conséquence, qui fonde la spécificité du droit pénal »¹⁰⁹¹. Par conséquent, sans peine, pas d'infraction pénale, et *vice versa*. Monsieur Bernard et Messieurs Philippe CONTE et Stamatios TZITZIS rappellent ainsi qu'il n'y a « *pas de peine sans infractions* » : tel est le principe de légalité des infractions proclamé par la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Il revient donc au législateur de déterminer ce qu'il convient de poursuivre ou de punir »¹⁰⁹². Cela permet de reconnaître aisément la sanction pénale puisque ces deux notions sont donc intimement liées et qu'il ne pourra y avoir de sanction pénale qu'en présence d'une incrimination.

Plus encore, la sanction pénale joue un autre rôle fondamental puisque de son *quantum* dépendra la qualification de l'infraction. Entre contravention, délit ou crime, le critère de distinction repose sur la gravité de la peine infligée, ce qui est affirmé par les articles 131-1 et suivants du Code pénal. Le *quantum* encouru permettra de qualifier l'infraction. De là, des conséquences multiples pourront en découler, comme la recherche d'une éventuelle tentative ou non, une

¹⁰⁸⁹ J. Pradel, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, p.539 et s., n°612 et s.

¹⁰⁹⁰ V. C Beccaria, *Des délits et des peines*, *op. cit.*

¹⁰⁹¹ Fr. Desportes et Fr. Le Gunehec, *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.10, n°25 et s.

¹⁰⁹² Ph. Conte, St. Tzitzis, G. Bernard, « Préface », *Incriminer et protéger*, Dalloz, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », 2014, p. 1.

instruction obligatoire ou non selon la nature de l'infraction. Il est donc primordial d'être très vigilant sur le maximum encouru pour le législateur. Les conséquences dépasseront la simple fulmination d'une peine plus ou moins élevée. C'est pourquoi il est nécessaire de ne pas tendre vers des sanctions disproportionnées en prônant des mesures qui vont tendre « à la modération »¹⁰⁹³. KANT disait à ce propos que « *seule la loi du talion (...) peut fournir avec précision la qualité et la quantité de la peine ; toutes les autres sont chancelantes et ne peuvent, en raison des considérations étrangères qui s'y mêlent, s'accorder avec la sentence de la pure et stricte justice* »¹⁰⁹⁴. Il faut donc rechercher une certaine proportionnalité entre la faute et le châtement fulminé mais également un certain parallélisme entre la nature de l'infraction et la nature de la peine. Il semble pertinent de « *punir le vol par l'amende, le retard par la retenue, le prétentieux par l'humiliation... punir par où l'on a péché. Toute punition est l'envers d'une faute de sorte que par un effet de symétrie inversée, [le fautif] peut deviner la punition qui le guette. Il ne peut penser la faute sans avoir présente à l'esprit la sanction qui lui correspond puisque l'une est inscrite, en pointillé, au cœur de l'autre* »¹⁰⁹⁵.

320. Sanction pénale : peine et mesures de sûreté. Parmi les différentes sanctions, se distinguent deux types différents : les peines, sanctions pénales par excellence, mais également les mesures de sûreté. La question est de savoir comment elles se différencient et surtout, si les dernières font bien partie des sanctions pénales. Les mesures de sûreté sont appréciées différemment selon les auteurs. Roger MERLE et André VITU définissent ainsi ces dernières « *comme de simples précautions de protection sociale destinées à prévenir la récidive d'un délinquant ou à neutraliser l'état dangereux* »¹⁰⁹⁶. Ils précisent en outre qu'elles « se distinguent des peines par leur fondement, par leur but, et par leur contenu »¹⁰⁹⁷. Ces mesures seraient « dépourvues de tout but rétributif ou expiatoire, et par voie de conséquence logique ne comportent-elles aucun caractère afflictif ou infamant prémédité »¹⁰⁹⁸. Monsieur Jean PRADEL affirme quant à lui que « *la mesure de sûreté est exclusivement orientée vers l'avenir puisqu'elle ne vise qu'à éviter la commission d'infractions ou la récidive. Elle n'a donc qu'un but préventif en cherchant à neutraliser un état dangereux. Elle est totalement détachée de l'idée de faute* ». D'inspiration positiviste, les auteurs comme

¹⁰⁹³ E. Prairat, « Penser la sanction », *Revue Française de pédagogie*, 1999, p. 107

¹⁰⁹⁴ E. Kant, *Métaphysique des mœurs, doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique, Vrin, 1988, II, 1^{re} section, remarque E (cité par E. Prairat).

¹⁰⁹⁵ E. Prairat, « Penser la sanction », *op. Cit.*, qui parlait là de la sanction en matière éducative mais qui s'applique parfaitement en matière pénale.

¹⁰⁹⁶ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, op. cit.* 1997, p.826.

¹⁰⁹⁷ *Ibid*, p.826

¹⁰⁹⁸ *Ibid*, p.827.

LOMBROSO¹⁰⁹⁹ parlaient de « *mesures de défense* ». Dorénavant, sont évoquées des « *mesures de défense sociale* ». Il est intéressant de remarquer que le droit est réticent à utiliser l'expression de « *mesure de sûreté* », préférant au contraire « *les sanctions ayant le caractère d'une punition* », notion utilisée par le Conseil constitutionnel pour lui permettre de faire application aux mesures de sûreté de principes réservés habituellement aux peines¹¹⁰⁰.

Elles restent néanmoins des sanctions : « *les mesures de sûreté n'en constituent pas moins des sanctions criminelles au même titre que les peines dans la mesure où elles sont conçues comme la conséquence officielle et obligatoire d'une situation contraire au Droit ou socialement nuisibles.* »¹¹⁰¹.

On ne peut qu'être d'accord avec ce constat, tant le rapprochement avec la peine au fil du temps tend même à faire douter de la distinction entre ces deux types de sanctions pénales. Les mesures deviennent de plus en plus « *un substitut de peine dans les hypothèses où celle-ci ne pouvait être légitimement et rationnellement utilisée* »¹¹⁰². D'ailleurs, de nombreux auteurs tendent à considérer que les mesures de sûreté devraient être reconnues comme des peines, notamment car la distinction serait en partie « verbale »¹¹⁰³. Certes dépourvues d'un caractère rétributif, elles auraient néanmoins un caractère afflictif car elles peuvent correspondre à une privation de liberté ou à des privations de droits.

321. Quand recourir à la sanction pénale ? Vu souvent comme la sanction de toutes les autres matières, le droit pénal, et par conséquent la peine, « *est conçu comme un instrument de régulation des relations sociales* »¹¹⁰⁴. Dès lors, elle serait mise en œuvre lorsqu'il y a une atteinte fondamentale à une valeur sociale précise dont « *l'importance est révélée à la société par le prononcé et l'exécution de cette sanction* »¹¹⁰⁵. Le but de protection de la société apparaît fondamental dans le recours à la sanction pénale. Le philosophe FAUCONNET affirmait ainsi que « *l'utilité de la peine n'est pas essentiellement dans l'action qu'elle exerce sur les criminels, mais dans l'action qu'elle exerce sur la société elle-même* »¹¹⁰⁶. Cela apparaît comme une justification du recours aux sanctions reconnues comme les plus infamantes, les plus restrictives de droits et de libertés. La « *peine est un dissolvant symbolique de la*

¹⁰⁹⁹ J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n°620 et s.

¹¹⁰⁰ E. Bonis Garçon et V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^e éd., 2019, n°10 et s.

¹¹⁰¹ R Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n°827

¹¹⁰² *Ibid.*

¹¹⁰³ *Ibid.*, p.829.

¹¹⁰⁴ E. bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., p.1.

¹¹⁰⁵ L. De Graëve, « La notion de sanction pénale en droit interne », in *La sanction*, op. cit., p.65.

¹¹⁰⁶ P. Fauconnet, *La responsabilité*, étude de sociologie, 2^e éd., Alcan, 1928, p.277.

rupture d'équilibre social imputable au crime. Elle apaise et discipline l'irrésistible besoin de vengeance de la victime ou de ses proches »¹¹⁰⁷. Monsieur Vincent LAMANDA rajoute également que « *la peine [est comme] un exorcisme du crime venant réaffirmer dans la société la frontière du bien et du mal, du juste et de l'injuste* »¹¹⁰⁸. Il faut donc prendre « *la nécessité de la sanction pénale comme un fait sociologique dont on doit tenir compte* »¹¹⁰⁹.

Ainsi en est-il de l'aspect utilitariste de la peine, pour lequel « *seules doivent être prises en compte les conséquences que peut avoir le châtement du point de vue du bien-être de la société* »¹¹¹⁰. Jeremy Bentham affirmait ainsi dès 1780 que « toute punition est en elle-même un mal », puisqu'elle cause de la souffrance, et si l'on y recourt, ce peut l'être que « dans la mesure où elle promet d'éviter un mal plus grand »¹¹¹¹. En réalité, « *la sanction ne se justifie donc pas lorsqu'elle n'est pas fondée, nécessaire, efficace, bénéfique, ou qu'elle se révèle trop coûteuse. La finalité immédiate principale du châtement est de prévenir l'acte criminel aussi bien en ce qui concerne celui qui l'a commis que pour ce qui est de la communauté toute entière* »¹¹¹².

Afin de parvenir à ces objectifs, il s'agirait alors de conférer plusieurs fonctions à la peine, parmi lesquelles la neutralisation, le châtement, la réhabilitation, ainsi que la dissuasion.

2. La fonction répressive, fonction principale de la peine.

322. Les différentes fonctions de la sanction pénale. La peine ne s'est jamais manifestée par une fonction unique. Au contraire, plusieurs fonctions se cumulent, même si certaines se manifestent plus ou moins ostensiblement. Si le but de la peine a pu évoluer, il se trouve désormais prévu directement dans le Code pénal. Ainsi, l'article 131-1 du Code pénal affirme qu'« *afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° de sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion* ». Il apparaît à la lecture de

¹¹⁰⁷ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., p.825.

¹¹⁰⁸ V. Lamanda, « Séance d'ouverture », op. cit.

¹¹⁰⁹ R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., p.826.

¹¹¹⁰ D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine*, Seuil, 2017, p.83.

¹¹¹¹ J. Bentham, *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. Malik Bozzo-Rey et al. Paris, ; Vrin, 2011 [1780], XIII-1-6.

¹¹¹² D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine*, op. cit., p.83-84.

cet article que plusieurs fonctions sont clairement attribuées à la peine, la première étant son aspect rétributif.

323. La peine, la sanction répressive par excellence. Le caractère rétributif de la sanction, que l'on nomme également répressif, punitif ou encore afflictif, occupe un rôle majeur dans la fulmination de la peine. Il s'agit même de sa fonction principale. À la suite de la commission d'une infraction, le délinquant doit être puni. KANT affirmait ainsi que « *la peine juridique ne peut jamais être considérée simplement comme un moyen de réaliser un autre bien, soit pour le criminel lui-même, soit pour la société civile, mais doit uniquement lui être infligée pour la seule raison qu'il a commis un crime* »¹¹¹³. Le rétributivisme « *procède de ce qu'on appelle l'éthique déontologique, qui repose sur l'idée d'obligation. Il est en principe facile à défendre puisqu'il n'implique aucune évaluation externe de son efficacité sociale mais simplement une appréciation interne de sa cohérence morale* »¹¹¹⁴. D'ailleurs, pour BENTHAM, il semble que « pour que justice soit faite, ceux qui ont commis des infractions au regard de la loi ou des torts à l'égard des autres méritent de souffrir »¹¹¹⁵.

La fonction répressive apparaît ainsi comme la principale visée de la sanction pénale, favorisant ainsi son caractère infamant, qui correspond à une « *réprobation sociale qui s'attache à la conduite du délinquant* »¹¹¹⁶.

324. Transition. La peine, sanction pénale la plus caractéristique, se manifeste particulièrement par son caractère répressif. C'est son but premier, il est fondamental et traduit une réponse sociétale très attendue. Même si d'autres fonctions existent, il s'agit manifestement de son rôle principal et c'est d'ailleurs au droit pénal qu'était confiée cette mission particulière. Toutefois, le législateur a progressivement tenu à diversifier la réponse répressive en adjoignant

¹¹¹³ E. Kant, *Métaphysique des mœurs, doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique, Vrin, 2011, p. 214 et 215.

¹¹¹⁴ D. Fassin, *Punir, une passion contemporaine*, *op. cit.*, p.83.

¹¹¹⁵ Interprétation faite par D Fassin, *ibid*, p. 84.

¹¹¹⁶ R Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p.826.

à la sanction pénale une sanction administrative qui se révèle tout autant répressive aujourd'hui et qui concurrence grandement la peine dans son caractère rétributif.

B. La sanction administrative, une sanction devenue répressive

325. Aspect historique. La sanction administrative ne peut se comprendre sans un très bref détour par l'Histoire. Sous l'ancien-Régime, le régime de confusion qui y régnait se caractérisait par la présence « *d'administrateurs-juges : roi, seigneurs, autorités municipales, agents de ceux-ci [étaient] tous dotés de larges pouvoirs répressifs à l'égard des « sujets » du royaume* »¹¹¹⁷. Existait alors sans conteste une répression administrative manifeste et assumée, au sein de laquelle l'administration avait le pouvoir d'infliger des sanctions aux contribuables. Cependant, la Révolution française a permis de remédier du moins pour partie à cette sanction administrative répressive. En effet, au regard du principe de séparation des pouvoirs, affirmé par la Loi des 16 et 24 août 1790¹¹¹⁸, il devait y avoir une distinction stricte entre l'administration et les fonctions de jugement. Toutefois, dès cette époque, il n'y eut jamais de rupture définitive avec le pouvoir de répression des autorités administratives, qui gardèrent un résidu de pouvoir de sanction administrative pour ses agents et ses concessionnaires, qui étaient alors susceptibles de subir des mesures disciplinaires, « *conséquence logique de la subordination nécessaire des agents à l'autorité hiérarchique* »¹¹¹⁹ pour Mesdames les Professeurs Delmas-Marty et Teitgen-Colly. La sanction administrative pouvait également intervenir à l'égard des personnes ayant des autorisations de la part des autorités administratives, qu'elles soient nécessaires pour exercer une liberté publique, occuper le domaine public, etc. Néanmoins, ici encore, un lien particulier avec l'administration existait, ce qui pouvait expliquer ce pouvoir de sanction qui lui était accordé.

Ce n'est que dans la deuxième moitié du XXe siècle, et particulièrement à partir des années 1970, que les autorités administratives ont commencé à réprimer des contribuables qui n'avaient aucun lien de subordination avec elles, à mesure que se développaient les réformes favorisant l'État interventionniste. La sanction administrative commence alors à prendre un nouveau

¹¹¹⁷ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 2002, p.13.

¹¹¹⁸ Loi des 16 et 24 août 1790, article 13 : « Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions. ». Ce texte est toujours en vigueur aujourd'hui.

¹¹¹⁹ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.*

tournant, permettant la répression par l'administration de manquements à des réglementations. Comment cela a-t-il pu advenir ? La réponse tient au développement, voire à l'explosion de l'État régulateur qui, afin de mener à bien ses différentes politiques sociales et économiques, a mis en place des autorités administratives indépendantes (AAI), lesquelles, outre le fait qu'elles se soient multipliées ces quarante dernières années, ont en plus vu leurs pouvoirs croître de manière exponentielle, leur accordant un véritable pouvoir de répression par le biais des sanctions administratives. Dès lors, la sanction administrative ne visait plus seulement les personnes ayant un lien de subordination avec l'administration, mais des personnes qui n'avaient pas respecté une réglementation autonome, entrant dans le champ de compétence de l'autorité administrative en question.

326. Définition de la sanction administrative. Quant à la définition de cette sanction administrative, elle est aussi si diverse et variée que celle de la notion de sanction. Les difficultés relatives à la recherche d'une définition sont toutes aussi présentes que celles relatives à la recherche de celle de la sanction générale. Pour Mesdames Mireille DELMAS-MARTY et Catherine TEITGEN-COLLY, « *l'expression désigne en doctrine une répression aux contours très variables dus aux incertitudes concernant ces critères* », reprenant ainsi Monsieur Étienne PICARD¹¹²⁰. Selon les auteurs, les critères d'identification de la sanction administrative se portent sur le critère organique ou sur le critère du destinataire de la sanction. Cependant, ces critères de délimitation semblent un peu datés. Concernant le critère organique, il est de rigueur en principe qu'une sanction administrative soit prononcée par une administration ou un juge administratif. En pratique, les textes actuels que la sanction administrative est souvent prononcée par un seul représentant de la Direction générale de la concurrence et de la consommation. Si c'est bien une entité à proprement parler qui prononce la sanction, elle n'a rien de juridiction. Le critère du destinataire de la sanction n'est pas plus pertinent aujourd'hui : ce critère repose sur le fait que les sanctions existent car il y a un lien préexistant avec l'autorité administrative. Or, le droit économique contractuel vient mettre à mal cet argument, les personnes poursuivies devant la DGCCRF ne disposant d'un lien préexistant avec cette dernière avec le déclenchement de la procédure¹¹²¹. À dire vrai, ces critères très restrictifs correspondent à l'idée classique que l'on se fait, ou plutôt que l'on se faisait de la sanction administrative. Or, la nouvelle utilisation qui en

¹¹²⁰ V. sur cette question : E. Picard, *La notion de police administrative*, LGDJ, 1984, p.338 et s. in M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 2002, p.36.

¹¹²¹ J.M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952, chr. p. 111 ; J. Mourgeon, *La répression administrative*, LGDJ, 1967, p.104

est faite, par son prononcé massif par les Autorités administratives indépendantes notamment, a conduit au renouvellement de cette notion de sanction administrative, lui conférant ces dernières années un aspect beaucoup plus répressif. Quelle définition pourrait être retenue ? Selon le Conseil d'État, elle pourrait s'élaborer ainsi : il s'agirait d'une « décision unilatérale » infligeant « une peine sanctionnant une infraction aux lois et règlements », « prise par une autorité administrative agissant dans le cadre de ses prérogatives de puissance publique »¹¹²². Il faut donc que ce soit une autorité administrative qui prononce cette sanction, qu'il s'agisse d'une AAI ou d'une autorité administrative plus classique (ministres, préfets, etc.). Néanmoins, à rebours de ce que considèrent certains auteurs, comme Monsieur GRISEL¹¹²³, il n'apparaît pas qu'il faille confiner la sanction administrative aux seuls châtiments prononcés par les AAI. Cela semblerait par trop réducteur, surtout qu'en matière économique, nombre de ces sanctions administratives sont prononcées par la DGCCRF, qui n'a pas le statut d'AAI mais bien le statut de service administratif de l'État rattaché au Ministère de l'économie, des finances et de la relance, se définissant elle-même comme une « autorité de contrôle »¹¹²⁴. Par conséquent, l'indépendance de l'autorité ne semble pas être un critère déterminant concernant l'organe sanctionnateur. Il faut également distinguer la sanction administrative des mesures administratives, qui vont se traduire par des mesures administratives préventives, comme des mesures conservatoires¹¹²⁵, ou encore des mesures administratives restitutives, qui se trouvent particulièrement en matière fiscale¹¹²⁶. Ici, la fonction répressive n'apparaît pas comme pour la sanction administrative.

327. Domaine de la sanction administrative. La sanction administrative peut non seulement être prononcée, de façon assez classique, par les juridictions administratives, dans les domaines propres aux relations entre l'État et ses administrés, mais elle a aussi vu son champ de compétence s'agrandir au fil des années, puisqu'elle trouve aujourd'hui des applications très variées. Il est permis de citer en premier lieu la matière fiscale, un des premiers qui va recourir de façon quasi systématique à la sanction administrative. Elle a en outre pu se développer tant dans le domaine de la santé et de l'environnement, que de la circulation et des transports ou de

¹¹²² Conseil d'État, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation française, 1995, p.35 et 36.

¹¹²³ G. Grisel, « La sanction administrative », *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003*, L'Harmattan, p.191 et s.

¹¹²⁴ <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/dgccrf>

¹¹²⁵ A titre d'exemple, il est possible de citer l'interruption d'une construction ordonnée par un maire, l'immobilisation d'un véhicule lorsque le conducteur est en état d'ivresse.

¹¹²⁶ Sur ces questions, voir notamment : M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.* ; G. Grisel, « La sanction administrative », *op. cit.*, p.191 et s ; M. Degoffe, *Le droit de la sanction non-pénale*, *op. cit.*

l'expression, de l'information et de la communication, s'accompagnant très régulièrement de la création d'AAI comme le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)¹¹²⁷ ou la Commission nationale de la communication et des libertés (CNCL)¹¹²⁸. Toutefois, ces dernières années, la répression administrative a connu sa plus forte progression en conquérant le domaine de l'économie. Le secteur, toujours appelé à subir plus de régulations, demandées tant par les professionnels que par les consommateurs et les associations défendant les droits des acteurs économiques les plus faibles, a vu naître une répression administrative massive. Cela s'est manifesté tant par la création de nouvelles autorités administratives indépendantes dédiées, comme le Conseil de la concurrence, devenue depuis l'Autorité de la Concurrence, la commission des opérations de bourse (COB)¹¹²⁹, créée pour réguler les opérations boursières, qui dispose tant d'un pouvoir disciplinaire que d'un pouvoir répressif, par lequel elle a le pouvoir d'infliger des amendes en cas de pratiques contraires aux règlements qu'elle édit elle-même¹¹³⁰. En outre, le pouvoir de répression administrative se manifeste aussi à travers la commission de contrôle des assurances (CCAS) ou encore de la commission de contrôle des institutions de retraite ou de prévoyance (CCIRP), le domaine de l'assurance n'étant donc pas épargné par la mainmise de la répression de la part de l'administration. C'est néanmoins en matière concurrentielle et consumériste que cette répression administrative s'est le plus clairement manifestée ces dernières années, notamment au travers du rôle attribué à la DGCCRF. D'ailleurs, depuis que le pouvoir de répression administrative lui a été accordé, d'abord en droit de la concurrence puis plus récemment, à l'occasion de la Loi HAMON de 2014, en droit de la consommation, on peut considérer que la répression administrative atteint ici son paroxysme. Elle se révèle comme omnipotente et omnisciente, elle prend le pas dans de nombreux domaines, qui étaient pourtant normalement des secteurs propres au judiciaire. Il n'est donc plus possible de la considérer comme un « phénomène de mode »¹¹³¹, mais comme un véritable

¹¹²⁷ Créé par la loi du 17 janvier 1989.

¹¹²⁸ Créée par la loi du 30 septembre 1986.

¹¹²⁹ Créée par l'ordonnance du 28 septembre 1967.

¹¹³⁰ Elle dispose de ce pouvoir depuis une loi du 2 août 1989 relative à la sécurité et à la transparence du marché financier. V. M. Delmas-Marty et C Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, *op. cit.*

¹¹³¹ R Chapus, *Droit administratif général*, Montchrestien, 1993, 7^e éd°, p.938. En 2001, le même auteur la considérait toujours comme une sanction « à la mode » dans la dernière édition de son ouvrage (§1354).

moyen de répression qui s'inscrit et s'ancre à côté de la sanction pénale, malgré des critiques toujours adressées à ce droit « pseudo-pénal »¹¹³².

328. Rôle de la sanction administrative. La sanction administrative a vu son rôle évoluer au fil des années. Elle a tout d'abord commencé par jouer un rôle disciplinaire d'un côté, lorsque l'administration sanctionnait l'attitude d'un ses agents, tandis qu'elle pouvait de l'autre un rôle de sanction envers les titulaires d'autorisation qui se rendaient coupables de certains agissements (administrés qui doivent obtenir des licences et permis par exemple). Par conséquent, le rôle attribué à la sanction administrative semblait assez restreint. L'expansion du rôle de l'État-régulateur a conduit le législateur à diversifier le rôle de la sanction administrative, jusqu'à lui donner principalement ces dernières années une fonction répressive, puisqu'elle « *punit un manquement à une obligation* »¹¹³³. Par cette nouvelle finalité, qui en est presque venue à devenir le rôle prépondérant de la sanction administrative, on assiste à un renouvellement majeur tant dans ce domaine que pour toutes les sanctions non civiles. Effectivement, ces sanctions administratives sont intervenues en parallèle d'un autre phénomène : la dépénalisation. En droit économique, cette volonté de minimiser le rôle du droit pénal, auquel il était reproché son inefficacité, sa lenteur et le risque de paralysie qu'il aurait pu engendrer pour des professionnels qui n'oseraient pas agir de peur d'être punis, va avoir pour corolaire la création de nouvelles autorités administratives qui vont être appelées à prendre le relais de l'autorité judiciaire jugée trop « engoncée ». Petit à petit, l'autorité administrative, par le biais de ce pouvoir de répression, va permettre la création d'un véritable « *droit administratif pénal* »¹¹³⁴

329. Contenu de la sanction administrative. Les AAI avaient été créées dans une forte logique de régulation, afin de favoriser la négociation et la persuasion plutôt que la fulmination de peines pas toujours bien comprises et reçues de la part des différents acteurs. En matière économique, le Conseil de la concurrence avait notamment été constitué dans ce sens. Cela permettait alors de contribuer à cette fameuse « dépénalisation » du droit des affaires et plus largement du droit économique, qui fit l'objet de travaux et de réformes nombreux depuis le

¹¹³² M. Wallijne, *Traité de droit administratif*, 1963, 9^e éd., Sirey, in M. Deguegue, C. Teitgen-Colly, G. Marcou et Th. Perroud (GIP Justice), *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, site du GIP Justice, <http://www.gip-recherche-justice.fr/publication/les-sanctions-administratives-dans-les-secteurs-techniques>.

¹¹³³ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 2002, p.44.

¹¹³⁴ M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 2002, Voir également sur cette question M. Degoffé, *Droit de la sanction non-pénale*, Economica, 2000.

milieu des années 1980. Parmi eux, doivent être mentionnés l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en matière de concurrence¹¹³⁵, mais également le Rapport Coulon de 2008 et la Loi HAMON de 2014. Tous ont conduit au recours exponentiel par le législateur de la sanction administrative en remplacement, ou en sus des sanctions pénales déjà existantes. Conséquemment, l'autorité administrative s'est retrouvée en charge de sanctionner des personnes pour des manquements à leurs obligations contractuelles. Ces sanctions administratives vont se manifester notamment par des amendes, lesquelles ont la faveur du législateur. Toutefois, ce ne sont pas les seules sanctions qui peuvent être prononcées par les autorités administratives, puisqu'elles sont également amenées à prononcer des peines de confiscations, d'interdictions, etc. Ces sanctions ressemblent trait pour trait aux sanctions pénales qu'il est possible de retrouver dans les mêmes domaines concernés. Néanmoins, la similitude entre sanctions administratives et sanctions pénales doit s'arrêter aux peines privatives de liberté, que le législateur réserve de manière exclusive à la justice pénale.

330. Transition. Ces constats amènent à s'interroger sur les réelles différences qui existent entre ces deux types de sanctions, administratives et pénales. Un intérêt subsiste-t-il à leur distinction ? L'étude de leurs régimes permet de constater que ces deux sanctions non civiles tendent vers un rapprochement inéluctable qui conduit à s'interroger sur la pertinence du recours à l'une plutôt qu'à l'autre.

II. Les sanctions non civiles, deux sanctions aux régimes semblables

331. Délimitation. L'aspect répressif des sanctions non civiles constaté ne faisant plus de doute, il était impératif d'en prendre la mesure afin de garantir aux parties le respect de leurs droits. S'il ne fait nul doute que le droit pénal encadre très strictement le prononcé de la sanction pénale et de toute la procédure l'y conduisant, la question apparaissait plus sensible pour le droit administratif. N'étant pas pénales, les sanctions administratives devaient échapper au régime protecteur du droit pénal. Cependant, alimentant toujours plus la confusion entre les deux types de sanctions, le droit européen et le droit constitutionnel ont transcendé la distinction classique interne pour inclure les deux sanctions dans des notions plus vastes, conduisant à une

¹¹³⁵ Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative çà la liberté des prix et à la concurrence.

unification des régimes (A). Il est alors permis de se demander ce qui reste de la différenciation entre sanction pénale et sanction administrative, et les conséquences en droit économique contractuel (B).

A. L'unification des régimes.

332. Présentation. L'observation des fonctions des sanctions administratives et pénales, particulièrement utilisées en matière de droit économique contractuel par le législateur, a prouvé que ces deux sanctions étaient liées non seulement par le domaine auquel elles s'appliquent mais également et surtout par leur caractère répressif. Ce dernier a interrogé les juges constitutionnels et européens, qui ont décidé de ne pas se limiter aux catégorisations internes classiques, de les dépasser et ainsi de regrouper ces sanctions sous des expressions plus larges (1), ce qui les conduit à obéir à un régime unifié (2).

1. L'indifférence de la distinction interne classique pour le droit constitutionnel et européen

333. Présentation. Qu'il s'agisse du droit européen ou du droit constitutionnel, ils ont tous deux été amenés à prendre en considération les avancées législatives et la prise de place de plus en plus dominante de la sanction administrative afin de créer des ensembles qui permettraient de regrouper ces sanctions répressives tout en conférant aux parties des droits à un procès équitable. Ainsi, la Cour européenne a mis en place le concept de « matière pénale » (a), tandis que le conseil constitutionnel a, quant à lui, axé sa réflexion sur les sanctions à caractère punitif (b).

a. La matière pénale en droit européen

334. La matière pénale en droit européen. Le terme « matière pénale » provient directement de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹¹³⁶, article fondateur relatif aux garanties du droit à un procès équitable, véritable garde-fou pour

¹¹³⁶ Conv. EDH, art. 6 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle ».

l'exécution d'une justice impartiale¹¹³⁷. La question s'est en effet posée de savoir si cet article pouvait s'appliquer à d'autres sanctions que les sanctions strictement pénales. La Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à se prononcer sur la question dès 1976, à propos de sanctions disciplinaires, dans son célèbre arrêt *Engel et autres c. Pays-Bas*¹¹³⁸. Par cette décision, la Cour de Strasbourg bouleversa l'ordre établi en affirmant qu'elle n'était pas liée par la qualification de sanction donnée par l'État et que devait être qualifiée de pénale la sanction qui répondait à plusieurs critères.

335. Les critères de la matière pénale. Même si le critère de la qualification juridique en droit interne n'est pas « *totalelement abandonné* »¹¹³⁹, deux nouveaux critères vont être déterminants pour savoir si une sanction relève de la matière pénale : la nature de l'infraction et le degré de sévérité de la sanction encourue. D'une part, le critère de qualification juridique existe encore, puisque la Cour sera amenée à rechercher dans les autres États membres la qualification du comportement pour savoir si elle est majoritairement reconnue comme pénale ou non. Le cas échéant, l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme s'imposera, comme dans l'affaire *Oztürk*¹¹⁴⁰ de 1984 qui affirmait que « *selon le sens ordinaire des termes, relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes* »¹¹⁴¹. Le même arrêt ajoute alors que la nature pénale de l'infraction est déterminée par « *le caractère général de la norme et le but à la fois préventif et répressif de la sanction* »¹¹⁴². Il faut alors s'attacher à la qualification de l'infraction et plus particulièrement à la nature de la règle transgressée et donc aux destinataires de la norme. Selon Monsieur ZEROUKI, plus la règle de droit vise une catégorie déterminée de personnes, moins la règle serait de nature pénale au sens européen du terme. Appliquée aux dispositions du droit interne, on observe bien des règles de droit très générales en matière pénale, le critère est donc convaincant. En matière administrative, une partie du pouvoir répressif de l'autorité administrative réside en effet dans la sanction de catégories spécifiques de personnes (impôts, collectivités territoriales, etc.). Cependant, dans l'optique de soulager la matière pénale, l'administration a perdu de sa spécificité

¹¹³⁷ Mettre réf. Sur art. 6 CEDH

¹¹³⁸ CEDH, 8 juin 1976, Arrêt Engel et autres c/ Pays-Bas, affaire n° 5100/71 METTRE REFERENCES DE L'arrêt.

¹¹³⁹ Dj. Zerouki, « La sanction en matière pénale », in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003*, L'Harmattan, p.37 et s.

¹¹⁴⁰ CourEDH, 21 février 1984, Oztürk c/ Allemagne, série A n° 73. Cf. *infra*, n°582.

¹¹⁴¹ Dj. Zerouki, « La sanction en matière pénale », *op. cit.*, § 53

¹¹⁴² *ibid.*

en absorbant des contentieux ne concernant plus des catégories spécifiques de personnes. Ce qui aurait pu distinguer les deux sanctions échoue.

C'est pourquoi il convient de rechercher un troisième critère de détermination de la sanction en matière pénale au sens européen du terme : la gravité de la sanction encourue. Or, si la Cour européenne des droits de l'homme indique que « *relèvent de la matière pénale les privations de liberté susceptibles d'être infligées à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leur modalité d'exécution ne sauraient causer un préjudice important* »¹¹⁴³, cela ne nous aide que peu dans la délimitation puisque les peines privatives de liberté sont absentes en matière administrative. Les sanctions administratives n'étant pas évoquée dans le texte européen, on peut se demander si ces règles s'appliquent. La Cour européenne ne fournit pas de barème déterminant à partir de quel moment elle considère que la sanction administrative répond de la matière pénale¹¹⁴⁴.

Il est intéressant de constater que ces critères ne se présentent pas comme cumulatifs et qu'ainsi, « un ensemble d'indices confère indubitablement à l'infraction ou à la sanction une coloration pénale », comme l'affirme l'arrêt BENDEDOUN¹¹⁴⁵. Cela a permis de faire entrer un certain nombre de sanctions dans le champ de compétence de la matière pénale au sens européen du terme. Ainsi en est-il par exemple des sanctions prononcées par le Conseil de la concurrence¹¹⁴⁶, par les juridictions financières¹¹⁴⁷ ou encore par la DGCCRF, ces dernières remplissant tous les critères de la matière pénale. D'ailleurs, cela a permis plus largement d'englober la plupart des sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes en son sein, à défaut d'avoir pu statuer sur la notion de « sanction » en elle-même, qui ne trouve pas de définition conventionnelle.

336. La limite : la matière pénale, différente de la notion de peine. Autre distinction majeure entre le droit interne et le droit européen : alors que le droit interne tend à confondre et à utiliser indifféremment les termes de sanctions pénales et de peine, le droit européen semble au contraire les distinguer. Ainsi que le constate Monsieur Djoheur ZEROUKI¹¹⁴⁸, « *la notion de matière pénale commande l'applicabilité des garanties procédurales inscrites à l'article 6, elle ne conditionne en rien celle des garanties substantielles propres au droit pénal* ». Il ajoute également que « *le principe de légalité*

¹¹⁴³ Dj. Zerouki, « La sanction en matière pénale, *op. cit.*, p.40

¹¹⁴⁴ *Ibid.*, spéc. p. 41.

¹¹⁴⁵ CEDH, aff. Bendedoun c. France, 24 février 1994, n°12547/86.

¹¹⁴⁶ CEDH, aff. Stenuit c. France, 1992.

¹¹⁴⁷ CEDH, aff. Guisset, 2000.

¹¹⁴⁸ Dj. Zerouki, « La sanction en matière pénale *op. cit.*, p.37 et s.

et le principe de non-rétroactivité de la loi pénale qui sont inscrits à l'article 7 n'obéissent pas à la notion de matière pénale mais à celle de peine »¹¹⁴⁹. Dans ce cas, une protection plus forte serait toujours accordée à la personne poursuivie en droit pénal par rapport à celle sanctionnée par les autorités administratives, laissant subsister une certaine incompréhension sur une volonté d'unification du régime qui ne serait pas totale... À moins que l'explication ne soit à trouver dans les différences persistantes entre les sanctions pénales et administratives, à savoir l'existence de la peine privative de liberté.

337. Transition. Si le choix d'une notion élargie de « matière pénale » a permis d'englober la sanction administrative répressive auprès de la sanction strictement pénale, le droit interne constitutionnel n'est pas en reste puisqu'il a créé lui aussi une notion permettant d'englober ces deux sanctions répressives : la sanction à caractère punitif.

b. La sanction à caractère punitif pour le Conseil constitutionnel.

338. Les sanctions répressives, des sanctions ayant le caractère d'une punition. Le Conseil constitutionnel, face à la recrudescence des autorités administratives indépendantes et au pouvoir grandissant qui leur était confié en matière de sanction répressive, a été amené à statuer sur la légalité du prononcé de ces dernières par des juridictions autres que pénales. Dans une décision restée célèbre du 17 janvier 1989, le Conseil constitutionnel affirme ainsi que les exigences de « l'article 8 de Déclaration de 1789 et les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République [...] concernent non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire »¹¹⁵⁰. Ici, le juge constitutionnel fonde l'étendue des droits du procès équitable sur le caractère de punition de la sanction : les personnes encourant de telles sanctions pourront donc bénéficier des droits garantis par le droit pénal.

Pourquoi cette exigence de protection pour les sanctions ayant le caractère de punition ? Selon Monsieur Michel DEGOFFE, cela se fonde sur deux critères : la liberté et la nature de la sanction¹¹⁵¹. Tout d'abord, la liberté est le critère fondamental de notre société et lorsqu'elle est

¹¹⁴⁹ Dj. Zerouki, « La sanction en matière pénale », *op. cit.*, p.37 et s.

¹¹⁵⁰ Conseil const., déc. 88-248 DC, 17 janvier 1989. Voir également : CC, 30 déc. 1997, n°97-395 DC, AJDA 1998, p.173.

¹¹⁵¹ M. Degoffe, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel » in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003*, L'Harmattan, p.47 et s., spéc. P.51

limitée par un organe, quel qu'il soit, c'est une punition et cela ne peut être « *que dans le respect des principes du droit pénal* »¹¹⁵². Ainsi, peu importe qu'il s'agisse de l'organe judiciaire, administratif ou même d'une AAI, il importe de respecter les principes du droit pénal afin de garantir les droits de la personne poursuivie. Ensuite, la nature de la sanction a son importance dans le choix de la protection accordée. En effet, comme il a été vu dans l'étude sur la sanction administrative¹¹⁵³, un des éléments pour distinguer la sanction administrative répressive est de s'attacher à la nature de la sanction prononcée. D'un côté, si la nature de la sanction prononcée n'est pas directement en rapport avec la règle administrative, alors nous serions en présence d'une sanction ayant le caractère d'une punition. De l'autre côté, si la nature de la sanction conserve un lien avec le comportement réprimé, alors nous serions en présence d'une sanction administrative « *simple* ». Cela permettrait ici de distinguer les sanctions administratives, soumises au régime de sanction ayant le caractère d'une punition, des autres.

339. Transition. Ces différentes catégories incluant la sanction administrative et la sanction pénale traduisent une assimilation de l'une à l'autre, et ont pour conséquence d'engager le juriste dans une harmonisation des régimes de ces sanctions, afin de tendre vers une égalité des droits entre les différents justiciables, quelle que soit l'autorité qui va prononcer la sanction.

2. L'affirmation d'une identité de régime en droit européen

340. Une unification de régime. L'avantage principal du choix des juridictions conventionnelle et constitutionnelle de choisir de rassembler les sanctions administratives et pénales est que cela va permettre une certaine unification de leurs régimes en apportant les mêmes garanties aux justiciables (a). Reste pourtant à savoir s'il existe encore des différences entre ces deux sanctions (b).

a. Le constat

341. Un vent d'unification. Le fait de regrouper les sanctions sous des mêmes ensembles emporte des conséquences importantes du point de vue de leur régime. Les différentes décisions jurisprudentielles européennes et constitutionnelles conduisent à constituer une base de règle

¹¹⁵² M. Degoffe, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », *op. cit.*, spéc. P. 51

¹¹⁵³ Voir *supra*, n°325 et s.

communes, qui pourrait devenir pour certains un régime unique¹¹⁵⁴, pour d'autres un fil conducteur *a minima*¹¹⁵⁵. Dès lors, les juridictions tant administratives que pénales vont se retrouver autour de grands principes directeurs.

342. Des principes communs. L'absence de distinction entre la sanction pénale et la sanction répressive administrative conduit à s'aligner sur les grands principes européens de la sanction, à savoir les principes du procès équitable : tant le respect du principe du contradictoire, la garantie des droits de la défense, que la nécessité, la proportionnalité ou encore l'individualité de la mesure qui, comme le rappelle Monsieur Jean-Claude MARIN, font partie aujourd'hui « *des attributs essentiels du prononcé de la sanction* »¹¹⁵⁶. Ainsi, les AAI se sont dotées peu à peu de procédures plus respectueuses du droit à un procès équitable, qu'il s'agisse de la Commission des opérations de bourse en 1999¹¹⁵⁷ ou de l'Autorité des marchés financiers en 2010¹¹⁵⁸. Se crée alors un véritable droit administratif de la sanction non pénale, pour Messieurs Michel Degoffe et Djoheur Zenouki¹¹⁵⁹.

343. Une interrogation latente sur l'intérêt de ces différentes sanctions. Au fur et à mesure des développements, il apparaît indiscutable que les sanctions administrative et pénale répressives tendent à s'unifier, qu'il s'agisse des fonctions et du régime, même si de légères différences persistent, principalement dans la qualité des personnes pouvant fulminer la sanction. Dès lors, pourquoi recourir à l'une plutôt qu'à l'autre ? On le sait, le législateur a tenté, à différentes reprises, d'alléger le droit de la consommation et le droit de la concurrence d'une partie de ses sanctions civiles, très souvent en les transformant en sanctions administratives. Dans le même temps une dépénalisation au sens du droit interne a eu lieu, c'est indéniable, quoique l'on doive relativiser son importance, tant la présence des sanctions pénales est encore importante dans ces domaines ; mais, ce n'est rien à côté de l'invasion de sanctions administratives qui ont littéralement explosé, surtout depuis le milieu des années 2010 et leur intégration en droit de la consommation. Toutefois, le législateur n'aurait-il finalement pas simplement remplacé les sanctions pénales par des sanctions de la matière pénale ou encore

¹¹⁵⁴ Degoffe.

¹¹⁵⁵ J.-C. Marin, *La sanction, regards croisés*, op. cit. p.18-20.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*

¹¹⁵⁷ Cass. Ass. Plén., 5 février 1999, COB c/ Oury,, B. n°1, p.1.

¹¹⁵⁸ Règlement général de l'AMF, art. 144-2-1, modifié par l'arrêté du 8 décembre 2010

¹¹⁵⁹ M. Degoffe, *Droit de la sanction non-op. cit.* ; Dj. Zerouki, « La sanction en matière pénale », *op. cit.*, p.37 et s.

¹¹⁵⁹ *Ibid.*

ayant le caractère d'une punition ? Quel intérêt alors ? La célérité des procédures administratives ? Si l'argument était envisagé au moment de l'adoption des lois, il perd largement de son intérêt aujourd'hui. L'éviction de l'impact psychologique de la sanction pénale ? Il s'agit d'un argument qui convainc plus. L'aspect psychologique de subir une procédure pénale et d'être sanctionné pénalement est sans comparaison par rapport au fait d'être sanctionné civilement ou administrativement. Le recours à la sanction administrative, même si elle est parfois aussi sévère, confère un aspect, sinon plus confidentiel (la publication de nombre de décisions sur le site de la DGCCRF empêchant le silence autour de la plupart des condamnations en matière économique administrative), du moins une stigmatisation atténuée.

b. Les conséquences.

344. Présentation. Pièce par pièce, la sanction administrative s'est peu à peu muée en un clone de la sanction pénale : mêmes fonctions principales, mêmes régimes, mêmes domaines de mise en œuvre, la ressemblance en devient troublante et la question se pose alors de savoir pourquoi la distinction demeure et si elle existe même encore. Ou alors ne serait-ce devenue qu'une coquetterie de langage que de maintenir ces deux notions ? En droit économique, la question se pose réellement, tant le législateur utilise les deux types de sanctions, souvent pécuniaires au demeurant, pour punir les auteurs de manquements en droit de la consommation et en droit de la concurrence, et plus largement en droit des contrats. Pourtant, il est encore au moins deux éléments qui justifient la distinction, même si le premier tend à perdre de son intérêt tandis le second est toujours pertinent.

345. Les auteurs de la sanction différents. Un des premiers éléments auquel on s'attache lorsque l'on cherche à déterminer la nature d'une sanction est l'auteur du prononcé de cette sanction. Aujourd'hui encore, ce critère reste pertinent dans bien des situations. La sanction pénale est fulminée par le juge pénal, tandis que le juge administratif, quel qu'il soit (attaché à une organisation, à une AAI ou à un tribunal ou service de l'État) va prononcer des sanctions administratives. Cela s'avère donc un critère de distinction. Mais demeure-t-il déterminant ? L'autorité de la concurrence est apte à prononcer des sanctions pénales¹¹⁶⁰, tandis que le Ministère public peut intervenir auprès des administrations dans certaines espèces, notamment

¹¹⁶⁰ Au surplus, ses décisions en matière de pratiques anticoncurrentielles sont soumises au contrôle de la Cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation (art. L.464-7 ancien Code de commerce).

lorsque des mesures alternatives peuvent être proposées alors que l'affaire est devant les services de la DGCCRF. Ce critère de distinction tendrait donc à s'atténuer quelque peu.

346. La peine privative de liberté, dernière sanction exclusivement pénale. En revanche, s'il est un point de différenciation clairement établi entre la sanction pénale et la sanction administrative répressive (ou punitive), cela reste indubitablement l'exclusivité du droit pénal pour le prononcé des sanctions privatives de liberté. En effet, le droit pénal conserve ici un monopole sur toutes les sanctions privatives de liberté¹¹⁶¹, qui ne peuvent pas faire l'objet d'une fulmination par les autorités administratives, quelles qu'elles soient. Est-ce à dire que la sanction pénale et la sanction administrative ont atteint leur point de convergence ultime ? On peut en douter, car le droit fait montre d'une évolution tellement rapide qu'il est quasiment impossible de savoir de quoi il sera fait demain et en outre, il est permis de penser que l'idée de pousser plus loin encore les liens entre sanction pénale et sanction administrative pourrait s'avérer pertinent, tant l'évolution actuelle tend vers une confusion de ces sanctions, et une utilisation de l'une à la place de l'autre.

347. Transition. Le droit actuel s'efforce de créer des régimes unifiés pour justifier le recours aux juridictions administratives et pénales. Malgré quelques différences persistantes, le constat est sans appel : le rapprochement entre les deux types de sanctions est constant, la sanction administrative venant toujours empiéter un peu plus sur les compétences de la sanction pénale, ce qui conduit à s'interroger sur la pertinence de la distinction.

B. La perte d'intérêt de la distinction.

348. Une perte de lisibilité. La multiplication des sanctions pénales et administratives, de façon générale, mais plus encore en droit économique contractuel, interroge. À trop vouloir sanctionner, certes dans le but louable de réguler le marché et de protéger les parties faibles aux contrats, ne revient-on pas au schéma dénoncé il y a de ça déjà plus de trente ans, lorsque la doctrine et le législateur cherchaient à dépénaliser le droit des affaires ? Enfermées dans des carcans procéduraux assez lourds, dont nous ne nions pourtant pas la pertinence et l'utilité pour garantir les droits des personnes poursuivies, les procédures administratives et pénales

¹¹⁶¹ Sur cette question, voir notamment M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 2002.

inquiètent plus qu'elles ne rassurent et instillent le doute quant à leur pleine efficacité pour combattre les manquements contractuels.

La grande similitude entre les deux types de sanctions n'est pas le fruit du hasard : le législateur a dépénalisé en substituant la sanction administrative à la sanction pénale, usant de l'argument qu'il écoutait les professionnels en supprimant les peines inflictives. Partant, cela devenait paradoxalement plus facile pour l'administration de sanctionner les contractants fautifs, les autorités administratives ayant des moyens spécifiques d'identification des manquements et procédant directement eux-mêmes au prononcé des sanctions. C'est ce que Madame Mireille DELMAS-MARTY a appelé : « *punir sans juger* »¹¹⁶². Pourtant, avec le phénomène d'assimilation de la sanction administrative à la matière pénale et à la punition, le droit risque de se retrouver face à « affadissement de la sanction »¹¹⁶³, comme l'énonce Monsieur Marin, ancien procureur général près la Cour de cassation. Comme souvent, le trop est l'ennemi du bien, et à vouloir sanctionner à tout prix, quitte à détourner le rôle de la sanction administrative pour devenir un clone de la sanction pénale, il est difficile de s'y retrouver et il est permis de s'interroger sur l'effectivité et l'efficacité de la sanction. Monsieur Jean-Claude MARIN traduit parfaitement ce phénomène, en affirmant que « tel un colimaçon, le mouvement d'émancipation de la sanction régaliennne de ses contingences de départ, a conduit à enfermer les nouvelles formes de celle-ci, notamment économiques, dans des contraintes similaires, au risque de faire perdre à la sanction sa signification première »¹¹⁶⁴.

Le droit se retrouve comme piégé à son propre jeu : en attribuant à la sanction administrative des fonctions similaires à la sanction pénale, en lui conférant un régime sinon identique, du moins très semblable, il propose deux types de sanctions, fulminées par des organismes différents (l'autorité judiciaire d'un côté, la DGCCRF de l'autre), qui agissent en parallèle, se croisent parfois, puisque la sanction pénale est loin d'avoir disparu, mais qui peuvent vite être amenées à faire doublon. Comme l'affirme Monsieur Marin, il est permis de se demander si ce « *ce phénomène d'hypertrophie des sanctions n'illustre-t-il pas le malaise qu'entretient notre société avec l'offre de droit ?* »¹¹⁶⁵

¹¹⁶² M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger (...), op. cit.*

¹¹⁶³ J.-C. Marin, « Séance d'ouverture », *op. cit.* p.18-20.

¹¹⁶⁴ *Ibid.*

¹¹⁶⁵ *Ibid.*

349. Conclusion de section. D'origines diverses la sanction pénale et la sanction administrative ont convergé peu à peu l'une vers l'autre. Si elles conservent quelques points de spécificités, notamment l'exclusivité laissée à la sanction pénale concernant les peines privatives de liberté, il n'en reste pas moins que le législateur a tendance aujourd'hui à choisir l'une ou l'autre au gré des opportunités législatives, politiques et procédurales. L'assimilation d'un régime proche de celui de la sanction pénale permet à la sanction administrative de passer à travers les sanctions des juridictions constitutionnelles et conventionnelles.

350. Conclusion de chapitre. La diversité de la sanction en droit économique contractuel n'a d'égale que la diversité des définitions de la sanction. Multi sémantique, s'appliquant différemment au quotidien et dans le langage juridique, la sanction est une notion fondamentale qui nous innerve tous. Ce travail de définition devait permettre d'identifier les différences entre les sanctions principales du droit économique contractuel. Or, si la sanction civile se détache des autres, les sanctions pénale et administratives se confondent de plus en plus, laissant dubitatif quant aux choix futurs du législateur. Doit-il privilégier la sanction pénale ou la sanction administrative ? Sur quel fondement peut-il y avoir recours ? La recherche d'une justification au recours aux sanctions répressives conduit à la recherche d'un ordre public pertinent en la matière.

Chapitre 2. La recherche d'un choix de la sanction fondé sur un ordre public particulier

351. Trouver une logique juridique au choix des sanctions non civiles. La présence des sanctions non civiles en droit contractuel n'est plus à questionner. Outre le fait que sa présence a été clairement démontrée, son avenir ne semble aucunement perturbé et sa position semble pérenne. Toutefois, il a pu être démontré que la place que chacune des sanctions doit adopter n'est pas clairement déterminée, puisque les rôles impartis aux différentes sanctions non civiles se confondent, laissant une impression de flou qui n'est pas souhaitable, au surplus lorsque des peines sont en jeu. Dès lors, il apparaît impératif de tenter une classification des sanctions en matière contractuelle en fonction des buts recherchés. Pour cela, il faut trouver un paradigme qui peut supporter la présence de ces différentes sanctions. Or, la recherche d'une atteinte à l'ordre public paraît intéressante ici. Cette notion, qui existe en droit français depuis très longtemps, a subi des évolutions majeures au cours du temps, suivant en cela les évolutions sociétales. La notion d'ordre public, qui s'avère tellement malléable qu'elle en devient « *insaisissable* » pour Monsieur Baptiste BONNET¹¹⁶⁶, qui rajoute d'ailleurs qu'il s'agit d'une « *notion fuyante, rebelle, contingente et variable* », n'en est pas moins « *centrale* »¹¹⁶⁷. L'étude du droit positif confirme d'ailleurs cette opinion, tant cet ordre public innerve le droit français et même international. Par conséquent, à travers différentes variations de l'ordre public, il s'agira de trouver une dichotomie, qui permettrait de savoir à quel moment il semble impératif de recourir à l'une ou l'autre d'entre elles (Section 1). Cela conduira par la suite à renouveler indubitablement

¹¹⁶⁶ B. Bonnet, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in *Actes du colloque, 15 et 16 décembre 2011*, Ed. Cujas, Collection Actes & études 2013, p.117-139.

¹¹⁶⁷ *Ibid.*

le droit économique contractuel en tentant de répartir les manquements et en les classant avec des sanctions opportunes, afin d'obtenir un régime de sanctions cohérent (Section 2).

Section 1. Fonder la distinction entre les sanctions sur un ordre public pertinent.

352. L'ordre public, une notion aussi stricte que malléable. Aujourd'hui, l'ordre public se décline à l'envie. Il peut se révéler autant politique, que pénal, judiciaire¹¹⁶⁸, social, économique ou encore processuel. Il apparaît de direction ou de protection, interne ou international, spécifique au droit des personnes ou au droit des biens. Il est également associé aux bonnes mœurs, l'article 6 du Code civil disposant qu'on « *ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* »¹¹⁶⁹. L'utilisation de ce concept d'ordre public a, incontestablement, été utilisé, réutilisé, manié et remanié à de nombreuses reprises en droit pour permettre son introduction dans les différentes disciplines juridiques. Comme la notion de sanction, celle d'ordre public dépasse les clivages droit public/ droit administratif ; comme la notion de sanction, son utilisation est multiple et tout comme la notion de sanction, sa définition n'est pas aisée, tant elle est multiple et unique à la fois. Messieurs Jean-Jacques LEMOULAND et Gaël PIETTE affirment d'ailleurs à ce sujet que : « *la notion d'ordre public est probablement l'une des notions juridiques à définir et les tentatives de la doctrine pour aboutir à une formule satisfaisante ont rarement été couronnées de succès, sauf à retenir de très longues définitions* »¹¹⁷⁰. Monsieur Guillaume DRAGO affirme quant à lui qu'il s'agit d'une « *notion complexe et protéiforme* »¹¹⁷¹. Cela confirme la vision qu'en a Monsieur Baptiste BONNET, lequel pense que « l'ordre public est donc une notion centrale, fondamentale, structurante mais assurément polymorphe et changeante tant elle peut suivre les évolutions de la société »¹¹⁷², ajoutant même qu'elle est « assurément » juridique mais qu'« elle dépasse largement le simple champ juridique tant elle est la base de toute vie sociale ».

¹¹⁶⁸ Yves Charpenel, *L'ordre public judiciaire, la laque et le vernis*, Economica, 2014.

¹¹⁶⁹ C. civ., art. 6.

¹¹⁷⁰ Jean-Jacques Lemouland et G. Piette, *Répertoire de droit civil*, v° « Ordre public et bonnes mœurs », sept. 2019.

¹¹⁷¹ G. Drago, « Avant-Propos », in *L'ordre public, Rapport 2013 de la Cour de cassation*, La documentation française, 2014, p.91.

¹¹⁷² B. Bonnet, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in Charles-André Dubreuil. *L'ordre public : actes du colloque, 15 et 16 décembre 2011*, Ed. Cujas, 2013 pp.117-139.

Lou DENNING allait jusqu'à affirmer que « *l'ordre public est un cheval indiscipliné, rétif, indomptable* »¹¹⁷³.

Pourtant, il faut pouvoir définir l'ordre public dans sa généralité afin de pouvoir utiliser ce concept par la suite. Pour Monsieur Guillaume DRAGO, « *il faut d'abord [y] voir l'expression d'une autorité qui s'impose aux destinataires de la règle de droit* »¹¹⁷⁴. Les règles d'ordre public sont donc celles auxquelles il n'est pas susceptible de déroger. Cela permet donc de distinguer les règles de droit supplétives et les règles de droit impératives : ces dernières, soumises à l'ordre public, ne peuvent pas être substituées par d'autres règles que les parties auraient choisies. On ne peut déroger aux règles d'ordre public, alors qu'il est possible de déroger, par des conventions aux règles supplétives de volonté. Mais, plus encore, les règles d'ordre public disposent d'une importance telle qu'elles doivent être protégées à tout prix, au besoin par l'intervention du Ministère public¹¹⁷⁵. L'ordre public a donc pour fonction de limiter les droits et libertés en vue de protéger des valeurs sociales plus importantes, qu'il s'agisse de la protection du corps humain, avec l'interdiction des conventions portant sur la gestion pour autrui¹¹⁷⁶ et de manière générale des règles de droit pénal protégeant toute atteinte au corps et à la vie d'autrui¹¹⁷⁷, la protection de l'institution du mariage avec de nombreuses règles d'ordre public pour prévenir toute atteinte¹¹⁷⁸, au droit des biens, à la protection de la volonté et de la liberté individuelle. D'ailleurs, Philippe MALINVAUD ajoutait à ce propos que « *l'ordre public est la marque de certaines règles légales ou réglementaires qui tirent leur suprématie de leur objet : la défense d'un intérêt général devant lequel doivent s'incliner les intérêts particuliers et les contrats qui les expriment* »¹¹⁷⁹

Au surplus, pour le Doyen CARBONNIER, « *« l'idée générale est celle d'une suprématie de la collectivité sur l'individu. L'ordre public exprime le vouloir-vivre de la nation que menaceraient certaines initiatives individuelles en forme de contrats* »¹¹⁸⁰. Monsieur Aurélien BAMDE confirme également l'idée de

¹¹⁷³ Cité par P. Malaurie, « Rapport de synthèse », in T. Revet (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 1996, p. 105.

¹¹⁷⁴ G. Drago, « Avant-Propos », in *L'ordre public, Rapport 2013 de la Cour de cassation*, La documentation française, 2014, p.91.

¹¹⁷⁵ B. Beignier, J-R Binet, A.-L. Thomat-Raynaud, *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Cours », n°15, 2020, p. 63-64.

¹¹⁷⁶ Cette interdiction procède également de la jurisprudence laquelle, au travers de l'assemblée plénière de la Cour de cassation a clairement affirmé dans son arrêt de 1991 que la gestation pour autrui était contraire au principe de l'indisponibilité du corps humain : Cass. Ass. plén., 31 mai 1991, n°90-20.105.

¹¹⁷⁷ Le Livre II du Code pénal est dédié à la protection contre les atteintes à la personne, qu'il s'agisse des atteintes mortelles ou non.

¹¹⁷⁸ Sont notamment d'ordre public les règles interdisant la bigamie ou l'absence de consentement ou encore (articles 146 et suivants du Code civil).

¹¹⁷⁹ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations*, LexisNexis, 2012, n°267, p. 207-208 (non repris dans ed° récente).

¹¹⁸⁰ J. Carbonnier, *Droit civil : les biens, les obligations*, PUF, 2004, n°984, p. 2037.

cette définition en affirmant que l'ordre public consisterait en un « *corpus de normes impératives, soit un cadre juridique en dehors duquel la volonté des parties serait inopérante quant à la création d'obligations* »¹¹⁸¹. La notion de contrat est donc intimement liée à cette notion d'ordre public, puisque c'est pour empêcher les parties de déjouer des règles considérées comme fondamentales que le législateur considère certaines règles comme d'ordre public. Le Doyen CARBONNIER ajoutait ainsi à sa définition précédente que l'ordre public n'est qu'un rappel à l'ordre adressé par l'État « *aux contractants s'ils veulent toucher à des règles qu'il regarde comme essentielles* »¹¹⁸².

Par ailleurs, l'idée de force normative, déjà retenue, se retrouve ici également en matière d'ordre public. Madame Geneviève PIGNARRE estime ainsi qu'« *empreint de force normative, l'ordre public se déploie en « un jeu qui tire sa complexité autant du va-et-vient entre "forces créatrices" et "forces réceptrices" du droit, que des chocs pratiques entre normes juridiques et celles qui émergent dans d'autres champs, de l'éthique au politique en passant par l'économique et le social* »¹¹⁸³, reprenant ainsi les propos de Monsieur André-Jean ARNAUD. Il s'agit donc d'une « *norme contraignante mais aussi [d'une] norme de référence* »

¹¹⁸⁴.

353. L'ordre public politique à écarter. Comme il a été vu précédemment, l'ordre public n'est pas ignoré du Code civil puisqu'il se retrouve dès son article 6, lequel est d'ailleurs utilisé à titre autonome par la jurisprudence pour justifier le recours aux dispositions d'ordre public, devenant même régulièrement la seule référence textuelle, et prouvant en cela son autonomie par rapport aux autres textes y étant relatifs¹¹⁸⁵.

Quant aux différents ordres publics relevés, nombre d'entre eux sont à écarter de la présente étude, et en premier lieu l'ordre public politique, parfois également appelé l'ordre public « classique »¹¹⁸⁶, lequel « *veille à la défense des piliers de la société – l'État, la famille, l'individu* »¹¹⁸⁷. Parfois considéré comme immuable, il apparaît pour certains auteurs assez « vieillissant », notamment avec l'évolution de la société. Ce qui était d'ordre public hier ne l'est peut-être pas aujourd'hui

¹¹⁸¹ A. Bamdé, « La notion d'ordre public », 24 février 2017. <https://aurelienbamde.com/2017/02/24/la-notion-dordre-public/>.

¹¹⁸² J. Carbonnier, *Droit civil : les biens, les obligations*, op. cit.

¹¹⁸³ G. Pignarre, « Et si on l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p.251.

¹¹⁸⁴ A.-J. Arnaud, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in C. Thibierge et alii, *La force normative. Naissance d'un concept*, op. cit., p. 14.

¹¹⁸⁵ Par exemple : sur la liberté matrimoniale : Cass. Soc., 27 avr. 1964, *D.* 1965, p.214. ; sur les droits des locataires : Civ. 3^e, 1^{er} oct. 2008, n°07-13.008.

¹¹⁸⁶ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette et Fr. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, Précis, p.563, n°488.

¹¹⁸⁷ *Ibid.*

et sûrement encore moins demain, particulièrement en droit de la famille, qui a subi de nombreuses évolutions ces quarante dernières années, en parallèle notamment de l'évolution de la notion de bonnes mœurs. Pour autant, l'ordre public politique ne disparaît pas. Au contraire, il a peu à peu englobé les bonnes mœurs. Toutefois, si cette forme de l'ordre public n'est pas à écarter du droit des contrats et reste fondamentale, notamment quant à la licéité du contenu du contrat, cela semble non pertinent dans l'étude qui nous concerne. En effet, cela se révèle inutile pour savoir si la sanction doit être civile ou non. Il faut dès lors se tourner vers une autre forme de l'ordre public, l'ordre public économique, lequel est parfois associé à l'ordre public social.

354. Privilégier l'ordre public économique à l'ordre social. Dans le cadre de cette étude, sera écartée la notion d'ordre public social, qui fait trop référence au droit du travail, pour se concentrer sur la notion d'ordre public économique et des notions satellites qui la composent. L'objectif est la recherche d'une délimitation fondée sur des considérations objectives afin de justifier le recours au droit des sanctions non civiles en matière contractuelle. Qu'est-ce qui justifie le recours au droit pénal et au droit administratif ? Il est possible de prime abord de retenir l'intérêt général et l'intérêt économique. Le problème est que ces intérêts sont également protégés en droit civil. Partant, l'étude va rapidement se retrouver confrontée à des ordres publics impossibles à retenir, au regard de leur trop grande promiscuité avec le droit civil (I). Dès lors, il est impératif de s'attacher à trouver de nouveaux concepts permettant de déterminer le recours à la sanction non civile en matière contractuelle (II).

I. Les ordres publics impossibles

355. L'ordre public économique à la croisée des notions. L'apparition de l'ordre public économique est relativement récente, en ce sens qu'elle date du sortir de la première guerre mondiale, même si certains ont pu retrouver des traces de ce dernier dès le XIX^e siècle¹¹⁸⁸, dans une mesure très limitée toutefois, la tendance étant alors d'inspiration très libérale. Cependant, avec le développement de l'intervention étatique après la seconde guerre mondiale et particulièrement à partir du début des années 1970, se développe l'idée que l'État se doit d'intervenir dans les rapports contractuels, en vue notamment de protéger des partenaires contractuels de puissance économique inégale. Le but affiché est de protéger la partie la plus

¹¹⁸⁸ F. Terré, Ph. Simler et Y. Lequette et Fr. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*

faible du contrat, qui se retrouvera régulièrement démunie face à des opérateurs économiques de grande envergure¹¹⁸⁹.

A. Les ordres publics incluant nécessairement la sanction civile

356. Présentation. La recherche qui anime cette étude est de trouver un concept qui permettrait de justifier le recours à la sanction non civile, la distinguant par là-même de la sanction civile. Dès lors, il convient d'écarter les notions d'ordre public consumériste et d'ordre public concurrentiel, qui font référence aux matières pourtant étudiées, car il a déjà été observé que ces matières comprenaient tant des sanctions civiles que des sanctions non civiles. Le champ est alors trop large pour s'avérer pertinent.

En outre, d'autres notions sont dès lors à écarter, puisqu'elles se retrouvent également en droit civil. Ainsi en est-il de l'ordre public contractuel qui ne peut pas se révéler pertinent, puisqu'il s'agit d'une notion utilisée en droit civil. Or, nous sommes à la recherche d'une notion qui justifierait le choix du recours aux sanctions non civiles en matière économique (1). Le même constat peut être fait à l'égard de la distinction entre ordre public de direction et ordre public de protection, fondamentale en droit civil, même si elle apporte quelques intérêts particuliers dans notre recherche (2).

1. Ordre public contractuel

357. Notion d'ordre public contractuel. La notion d'ordre public contractuel « recouvre les règles de droit devant être impérativement observées par les parties », ainsi que l'affirme Madame Stéphanie DOUTEAUD¹¹⁹⁰. Elle ajoute que cet ordre public contractuel « surplombe la distinction des règles obligatoires et des prescriptions supplétives et borne le périmètre de la

¹¹⁸⁹ Sur la question de l'ordre public économique et de ses prémisses, voir notamment ; G. Ripert, « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges Gény*, 1934, t. II, p.374 et s. ; Ph. Malaurie, *l'ordre public et le contrat*, thèse, Paris, 1954 ; R. Savatier, *L'ordre public économique*, *D.* 1965, chron., p.31 ; G. Farjat, *L'ordre public économique*, thèse, Dijon, éd. 1963 ; Mohamed Salah, *Les transformations de l'ordre public économique, Vers un ordre public régulateur*, Mélanges G. Farjat, 1999, p. 261 et s.

¹¹⁹⁰ S. Douteaud, « Le contenu législatif de l'ordre public », *RDC* 2020, p.144.

liberté contractuelle », faisant de sa définition une notion négative. Le champ d'application de cet ordre public se situe donc au cœur de la relation contractuelle et de tout ce qui l'entoure.

Comme le rappelle Monsieur Evan RASCHEL¹¹⁹¹, la notion d'ordre public contractuel découle directement de l'article 6 du Code civil précité, lequel précise qu' « *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Cela se manifeste alors par la nullité de tous les contrats qui contreviendraient à cet ordre public contractuel, quand bien même ce n'est pas expressément exprimé par les textes, comme le soutient Madame Aude VALOTEAU¹¹⁹². Comment expliquer alors cette nullité alors même que ce n'est pas toujours prévu par les textes ? Justement, par le recours à la notion d'ordre public contractuel, particulièrement lorsqu'il se combine avec des règles pénales, le droit pénal se composant de « *règles qui relèvent par excellence de l'ordre public le plus impérieux* », comme le rappelle Monsieur Michel DANTI-JUAN¹¹⁹³. Par conséquent, toute relation contractuelle est contrainte par cet ordre public contractuel qui enserme la relation contractuelle et assure une exécution conforme aux exigences impératives.

La seule dérogation à laquelle il est possible d'assister consiste en la prescription de normes plus favorables au contractant protégé¹¹⁹⁴. Dans cette situation seulement, le contrat est admis à contredire l'ordre public contractuel, même si le terme « contredire » ne semble pas approprié ici. Dans l'absolu, il s'agit dans ce cas de règles encore plus protectrices de la valeur que souhaitait défendre l'ordre public. Dès lors, la violation de l'ordre public contractuel n'en est pas réellement une. Il s'agit plutôt d'une application d'une norme contractuelle d'ordre public encore plus exigeante que celle imposée par le législateur.

358. Ordre public contractuel, une notion trop large. Le champ de cette étude s'inscrit particulièrement dans le cadre de l'ordre public contractuel, il en est même son socle principal. Cependant, il s'agit d'une notion trop large pour constituer un choix pertinent pour distinguer la nécessité du recours aux sanctions non civiles, puisque l'ordre public contractuel englobe par

¹¹⁹¹ E Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Droit et sciences sociales, 2014, p.204 et s., n°290 et s.

¹¹⁹² A. Valoteau, *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*, *op. cit.*, n°506.

¹¹⁹³ M. Danti-Juan, « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit - Mélanges offerts à Pierre Couvrat*, Paris, P.U.F., 2001, p. 367.

¹¹⁹⁴ Fl. Ballée-Londiche, *Droit commun des contrats et dispositions protectrices*, thèse, 2008, p. 54, n°73.

définition toutes les règles contractuelles auxquelles les contractants ne peuvent déroger, y compris donc les règles civiles.

Impropre à justifier le recours aux sanctions non civiles, l'ordre public contractuel constitue néanmoins le cadre général dans lequel s'inscrit la relation contractuelle. Il faut toutefois trouver un autre prisme, qui ne pourra pas être l'ordre public de direction ni l'ordre public de protection.

2. Ordre public de direction et ordre public de protection

359. Une distinction ancrée. La distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction n'est ni nouvelle, ni propre au droit des contrats. Partant, elle est même très présente dans d'autres domaines du droit civil, comme le droit des personnes et de la famille, au sein duquel de nombreuses manifestations sont présentes¹¹⁹⁵, malgré une évolution patente. Il se caractérise particulièrement en son sein. Pour exemple, l'illicéité du contenu du contrat¹¹⁹⁶ fera l'objet d'une sanction sur le fondement de l'ordre public de direction tandis que les vices du consentement¹¹⁹⁷ seront sous la coupe de l'ordre public de protection.

L'ordre public de direction est le premier à avoir vu jour en matière d'ordre public économique. D'abord mis en place pour défendre l'intérêt général économique de la nation, deux faces sont souvent opposées quant à l'ordre public de direction : son côté libéral tout d'abord, son côté dirigiste ensuite. L'aspect libéral se caractérise par l'importance donnée à la liberté, notamment à la liberté dans la fixation des prix dans le cadre du droit de la concurrence. Quant au côté dirigiste, il s'agit plutôt d'une absence de liberté dans la relation contractuelle qui se manifeste¹¹⁹⁸. Si le côté libéral s'est manifesté au début, notamment au moment des réformes de 1945 et de 1986, le côté dirigiste de l'ordre public de direction prend aujourd'hui le dessus, avec la volonté de régulation qui se manifeste, la liberté devient alors l'exception, comme en matière de droit du travail, de droit des assurances, de droit des transports, etc.¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁵ Ainsi en est-il notamment en droit de la famille et particulièrement en matière de règles relatives aux conditions de formation du mariage, l'article 184 du Code civil prévoyant les cas où l'ordre public de direction s'impose tandis que les articles 180 et 181, consacrés aux vices du consentement, prévoient un ordre public de protection.

¹¹⁹⁶ C. civ., art. 1128 : « *Sont nécessaires à la validité d'un contrat (...) 3° Un contenu licite et certain.* ». L'article 1162 du Code civil est quant à lui consacré à l'ordre public contractuel : « *Le contrat ne peut déroger à l'ordre public ni par ses stipulations, ni par son but, que ce dernier ait été connu ou non par toutes les parties.* ».

¹¹⁹⁷ Cela ressort de la lecture de l'article 1131 du Code civil qui dispose que « *les vices du consentement sont une cause de nullité relative du contrat.* »

¹¹⁹⁸ La délimitation des délais de paiement en est un exemple topique.

¹¹⁹⁹ Ph. Malinvaud et D. Fenouillet, *Droit des obligations, op. cit.*

L'ordre public de protection, quant à lui, s'est manifesté plus tardivement. Il s'inscrit parfaitement dans la mouvance solidariste qui a pu voir le jour ces quarante dernières années. C'est pourquoi il s'est largement développé dans des domaines où existent des relations contractuelles déséquilibrées. Va alors être recherchée la protection de la partie la plus faible au contrat. C'est ainsi que le droit du travail, à travers la protection du salarié¹²⁰⁰, le droit du bail avec la protection des locataires contre les bailleurs, les contrats de constructions immobilière, se sont révélés être des matières privilégiées pour le développement de l'ordre public de protection. Mais s'il est un domaine qui incarne l'ordre public de protection, c'est bien le droit de la consommation. Depuis les lois SCRIVENER de 1978, le législateur s'est attaché à forger un droit consumériste très protecteur envers le consommateur, partie faible au contrat, matière où règnent en maîtres les contrats d'adhésion et où la force de négociation des parties est totalement déséquilibrée. Ainsi, de nombreuses règles protectrices des consommateurs, et par suite, des contractants plus faibles en matière concurrentielle¹²⁰¹ dans le cadre de relations déséquilibrées entre professionnels, ont vu le jour et ont nourri l'ordre public de protection.

Ces deux ordres publics ne sont toutefois pas totalement à opposer. Tous deux évolutifs, ils sont également d'origine législative et font l'objet d'une réglementation détaillée. Peu de surprises jurisprudentielles peuvent intervenir dans ce domaine. Il faut néanmoins noter la possibilité pour le juge de relever d'office les règles d'ordre public, qu'il s'agisse d'un ordre public de protection ou de direction¹²⁰².

360. Une distinction utile. Différencier l'ordre public de protection de l'ordre public de direction est utile au regard de la sanction, puisque du choix opéré par le législateur dépendra la qualité de la nullité encourue. En effet, il résulte de cette dichotomie une conséquence non négligeable sur la sanction de la nullité. Lorsque le législateur considère que la règle de droit doit être sous le coup d'un ordre public de direction, alors la nullité absolue s'impose, tandis que la nullité relative s'appliquera en présence d'un ordre public de protection. Or, cela emporte des

¹²⁰⁰ Notamment par la garantie d'obtention des congés payés et autres acquis sociaux.

¹²⁰¹ Au sein des pratiques restrictives de concurrence.

¹²⁰² La Cour de cassation avait retenu cette possibilité assez tôt en matière de clauses abusives en droit de la consommation, donc dans le cadre d'une disposition propre à l'ordre public de protection [retrouver réf dans mémoire]. La loi du 3 janvier 2008 a permis au juge en matière consumériste de soulever d'office, même lorsqu'il s'agit d'une règle soumise à l'ordre public de direction, à l'ancien article L.141-21 du Code de la consommation.

conséquences qui restent non négligeables, puisque de l'option retenue dépendront la durée du délai de prescription et la qualité des personnes pouvant agir.

361. Une distinction impropre à déterminer le recours aux sanctions non civiles. La distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction échoue dans la recherche d'une raison objective au recours des sanctions non civiles. En effet, si une de ses utilités principales est de fonder la différence entre le recours à la nullité relative et la nullité absolue, le constat est dès lors sans appel : il s'agit d'une distinction qui englobe particulièrement la matière civile, et qui permet de faire le départ entre les sanctions civiles retenues¹²⁰³. Par conséquent, elle ne peut aboutir à justifier une division entre sanctions civiles et sanctions non civiles, surtout qu'indépendamment de la nullité retenue, des sanctions répressives peuvent fulminer.¹²⁰⁴

362. Des frontières troubles entre ordre public de protection et ordre public de direction. A bien y regarder, les frontières entre ordre public de protection et ordre public de direction s'avèrent plus poreuses que les principes veulent bien le laisser penser. La pratique et la législation actuelle font douter de la netteté de la distinction entre ces deux notions, particulièrement d'ailleurs en matière économique. Le droit de la consommation, notamment, est un exemple particulièrement remarquable de ces frontières floues entre l'ordre public de protection et de direction. De prime abord, le droit de la consommation apparaît guidé par un ordre public de protection, dont l'objectif est de protéger le consommateur, partie faible au contrat. Pourtant, un certain ordre public de direction peut également être constaté : la volonté de protection systématique des consommateurs traduit une volonté bien plus générale, « *une conception de la société et des opérations juridiques qui révèlent bien une idée de direction de cette société* ». ¹²⁰⁵ Tous les auteurs s'accordent à dire que la frontière entre ces deux notions est aujourd'hui, à tout le moins, perméable. Ainsi en est-il notamment de Madame Florence BALLEE-LONDICHE, qui constate en matière bancaire que « *les frontières entre ordre public de direction et ordre public de protection ne sont pas clairement délimitées* », et que c'est seulement par « *une différence de degré plus que*

¹²⁰³ Protection de l'intérêt général (nullité absolue) et de l'intérêt privé (nullité relative) que l'on retrouve dans les vices du consentement, incapacités. Article 1179 du Code civil

¹²⁰⁴ Les pratiques commerciales trompeuses constituent un exemple marquant : infraction pénale prévue dans le Code de la consommation à l'article L.121-2, son acte matériel se recoupe avec un vice du consentement. Au regard des dispositions du Code civil, la nullité relative est en jeu, et donc nous sommes en présence d'un ordre public de protection. Pour autant, dès lors que le législateur considère qu'un comportement est assez grave pour constituer une infraction pénale, l'ordre public de direction semblerait plus opportun.

¹²⁰⁵ Jean-Jacques Lemouland et G. Piette, « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*

de nature qu'une disposition sera rangée dans une de ces catégories»¹²⁰⁶. Cela se traduit aujourd'hui par la possibilité pour le juge de se saisir d'office, notamment en matière de crédit à la consommation, même dans le cadre de domaines propres normalement à l'ordre public de protection. Par conséquent, si l'on reprend l'exemple du droit de la consommation, il s'agit bien d'intérêts privés qui doivent être protégés, ceux du contractant victime. Toutefois, il existe aussi une nécessité de protéger l'intérêt général, qui se comprend dans l'ordre public de direction. En parallèle, l'ordre public de direction protège quant à lui plus le marché. À travers les législations de plus en plus néolibérales qui se font jour, la question se pose de savoir si l'on est encore dans un ordre public de direction ou si la volonté de protection n'a pas supplanté la volonté simplement dirigiste. Autant de doutes sur la distinction entre ces notions qui conduisent à écarter ce choix.

363. Un dépassement de la distinction face à l'incrimination pénale. Cette distinction subit aussi les conséquences de l'insertion d'incriminations pénales dans le paysage économique, et particulièrement en droit de la consommation. Alors que le droit de la consommation est essentiellement guidé par l'ordre public de protection, sa confrontation avec le droit pénal bouleverse les lignes. En effet, dans le cadre de règles fondées sur l'ordre public de protection, c'est la protection d'intérêts particuliers qui est recherchée. Or, la nécessité d'un recours au droit pénal se manifeste par une atteinte à l'intérêt général. Comment alors régler le conflit lorsque des comportements consuméristes sont pénalisés ? Cela devient-il un ordre public de direction ? Plus encore, ce qui intéresse sont les conséquences de la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction, à savoir le régime applicable. Quelle nullité sera appliquée : absolue ou relative ? Qui pourra agir : seuls les contractants ou toute personne intéressée ? Parfois, le Code de la consommation prévoit les sanctions civiles en parallèle des sanctions pénales¹²⁰⁷, mais ce n'est pas toujours le cas. Quelle sanction faut-il alors appliquer en cas de condamnation pénale ? Faut-il seulement sanctionner civilement ? La jurisprudence a tendance à répondre positivement à la dernière question. En effet, à la suite d'une condamnation pour un démarchage à domicile au cours duquel le consommateur avait immédiatement payé le montant de l'opération, le contrat a été annulé par la première chambre civile de la Cour de cassation¹²⁰⁸. La nullité du contrat est alors prononcée sur le seul article 6 du Code civil¹²⁰⁹,

¹²⁰⁶ Fl. Ballée-Londiche, *Droit commun des contrats et dispositions protectrices*, thèse, 2008, p. 63, n°83

¹²⁰⁷ Ventes à la boule de neige, pratiques commerciales déloyales, abus de faiblesse.

¹²⁰⁸ Civ. 1^{re}, 23 juin 1987 ; Civ. 1^{re}, 20 juillet 1994, *Bull. civ. I*, n°208 ; *Gaz. Pal.* 1987, jur. p. 772, note M. Roubach. ; *RTD civ.* 1988, p. 288.

¹²⁰⁹ Civ. 1^{re}, 7 octobre 1998 ; Civ. 1^{re}, 7 déc. 2004. V. sur cette question : *infra*, n°393.

constituant alors un fondement autonome¹²¹⁰. Cette solution a par ailleurs été confirmée dans le cadre d'un contrat de crédit où la nullité a été retenue en vertu de l'article 6 du Code civil¹²¹¹. Toutefois, cette nullité n'est pas toujours la meilleure des sanctions pour le contractant faible, particulièrement justement dans le cadre du non-respect de la réglementation du crédit. Effectivement, la nullité du contrat entraîne pour ce contractant la nécessité de restituer les différentes sommes déjà perçues, ce qui peut apparaître pour lui plus désavantageux que le maintien du contrat. C'est pour cela, qu'à l'instar de Madame Raphaëlle HAÏK¹²¹², nous sommes favorables à un développement de l'éventail des sanctions civiles possibles en cas de condamnation pénale. Dans l'exemple du contrat de crédit, une déchéance du droit aux intérêts peut apparaître bien plus profitable au consommateur lésé qu'une nullité du contrat. Il ne faut donc pas rechercher que la nullité et transcender la distinction de l'ordre public de protection et de l'ordre public de direction pour trouver des sanctions satisfaisant réellement les parties lésées, comme le développement également du réputé non écrit.

364. Transition. Par conséquent, cette distinction pour justifier le recours à la sanction civile plutôt qu'à la sanction non civile apparaît non pertinent à double titre : non seulement cette différence existe au sein même du droit civil, mais en plus, au sein même du domaine spécifique du droit contractuel économique, les contours de l'ordre public de protection et de direction se floutent, sans qu'il soit toujours aisé de faire le départ dans le choix de ces deux notions. Dès lors, il convient de trouver une autre dichotomie, plus pertinente, pour fonder le recours aux sanctions non civiles.

B. L'ordre public trop restrictif ou trop général : l'ordre public économique

365. Une notion ambiguë. De prime abord, la notion d'ordre public semble particulièrement intéressante dans la recherche d'un ordre public propre à caractériser la nécessité de recourir aux sanctions non civiles en matière contractuelle, tout simplement car elle possède le vocable « économique ». Or, depuis le début de cette étude, il est question de traiter

¹²¹⁰ Sur cette question, voir notamment E Raschel, La pénalisation des atteintes au consentement, *op. cit.*, p. 206 n°292.

¹²¹¹ Civ. 1^{re}, 22 janvier 2009, inédit, pourvoi, n°03-11775 ; *Revue de droit bancaire et financier* 2009, comm. n°20, note X. Lagarde.

¹²¹² R. Haïk, *Droit pénal des contrats*, thèse, 2008, p. 309 et s., n°333 et s et p. 382 et s., n° 403 et s.

de la sanction civile en matière contractuelle, et particulièrement dans les contrats de consommation et dans le cadre du petit droit de la concurrence, particulièrement les relations commerciales. Partant, il s'agit bien de droit économique, défini par le Doyen Cornu comme « l'ensemble des règles de droit gouvernant l'organisation et le développement de l'économie industrielle relevant de l'État, de l'initiative privée ou du concours de l'un et de l'autre »¹²¹³, ou plus spécifiquement comme le droit « qui a trait à l'ensemble des activités commerciales et industrielles, à l'exclusion des activités financières et des phénomènes monétaires ». Le choix de retenir un ordre public économique conviendrait alors parfaitement, il ne resterait donc plus qu'à le préciser pour trouver une division susceptible de justifier le recours à telle ou telle sanction. D'ailleurs, Gérard FARJAT définissait dans sa thèse l'ordre public économique comme « l'ensemble des règles obligatoires dans les rapports contractuels, relatives à l'organisation de l'économie, aux rapports sociaux et à l'économie interne du contrat »¹²¹⁴.

366. Transition. Pourtant, à bien y regarder, cet ordre public économique se révèle non pertinent au regard des différentes définitions qu'en ont donné les auteurs. Tantôt très large (1), tantôt trop restrictive (2) elle échoue dans la recherche d'un concept permettant le choix non discutable entre sanction civiles et sanctions non civiles.

1. Une définition en général trop large de l'ordre public économique

367. Une notion ancrée. L'ordre public économique est une notion assez ancienne que l'on doit au Doyen Ripert en 1934¹²¹⁵. Cette notion sera par la suite reprise par d'illustres successeurs, comme Farjat¹²¹⁶ et Philippe Malaurie¹²¹⁷, lesquels lui consacreront leurs travaux de thèse. Il s'agit donc d'un concept bien ancré dans le paysage juridique et bien connu, malgré des évolutions liées aux circonstances sociétales.

368. Une notion trop large. L'ordre public économique est « celui qui s'applique dans l'échange des biens et des services »¹²¹⁸. Déjà aperçu *supra* au travers de l'ordre public de

¹²¹³ G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd., MAJ, 2020, v^o « économique ».

¹²¹⁴ G. Farjat, *L'ordre public économique*, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 19 n^o2, Avril-juin 1967. p. 520.

¹²¹⁵ G. Ripert, « L'ordre public et la liberté contractuelle », in *Mélanges Fr. Gény*, t. II, p.347.

¹²¹⁶ G. Farjat, « L'ordre public économique », *op. cit.*

¹²¹⁷ Ph. Malaurie, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, préf. P. Esmein, éd. Matot-Braine Reims, 1953.

¹²¹⁸ Jean-Jacques Lemouland et G. Piette, « Ordre public et bonnes mœurs », *op. cit.*, n^o73.

protection et de l'ordre public de direction, qui en forme des subdivisions, il constitue une vision trop large de l'ordre public pour pouvoir satisfaire la recherche d'un ordre public pertinent pour justifier le recours aux sanctions pénales et administratives. Il constitue en effet la vision la plus large de cet ordre dans lequel les contrats évoluent. Si l'étude a conduit au rejet de la principale distinction existante au sein de l'ordre public économique, à savoir l'ordre public de protection et l'ordre public de direction, il s'avère logique de ne pas retenir non plus l'ordre public économique comme critère principal de distinction entre sanctions civiles et sanctions non civiles. Partant, il ne faut certainement pas la rejeter, puisque nos recherches vont nous amener à évoluer au sein de ce droit pénal économique, mais il conviendra de le préciser.

369. Les caractéristiques de l'ordre public économique. Il ne faut pas oublier cependant ses principales caractéristiques, qui aideront dans une subdivision future. Tout d'abord, peut-être encore plus que l'ordre public politique, l'ordre public économique se caractérise par son caractère instable et évolutif inévitable, puisque comme le soulignent Messieurs Jean-Jacques LEMOULAND et Gaël PIETTE, « *il est, par nature, lié à la conjoncture économique* ». En outre, comme il est possible de le constater, il se manifeste de nombreuses manières, puisque non seulement le droit civil classique, mais également le droit spécial, ainsi que le droit pénal et le droit administratif s'immiscent au sein de l'ordre public économique pour l'encadrer et garantir son efficacité. En outre, il s'agit d'un ordre public essentiellement textuel, puisque le législateur se révèle très prolixe en ce domaine, qu'il s'agisse des normes internes ou européennes, afin de garantir une protection efficace aux parties les plus faibles aux contrats et parvenir à la régulation du marché de manière satisfaisante. L'ordre public se traduit en pratique par l'existence non seulement de contrats forcés, comme en matière de droit de préemption du locataire par exemple¹²¹⁹, mais également de contrats interdits et surtout de contrats réglementés, lesquels sont presque devenus la norme au regard du nombre de transactions effectuées en matière consumériste dans la société actuelle. Dans une visée interventionniste, que certains appellent néo-libérale¹²²⁰, l'ordre public économique prend aujourd'hui une place majeure, qu'il s'agisse d'un ordre public économique de direction ou de protection qui, comme on l'a vu, ont tendance à de plus en plus se confondre. Utile, fondamental, incontournable même, l'ordre public économique est essentiel dans la recherche de détermination de critères de distinction pour fonder le recours aux sanctions non civiles, mais il s'avère grandement insuffisant puisque les

¹²¹⁹ *Ibid*, n°77.

¹²²⁰ J.-J. Lemouland et G. Piette, *op. cit.*

règles proposées dans le cadre de ce dernier sont tantôt civiles, tantôt administratives ou encore pénales.

370. Transition. Pourtant, cette vision très large et grandement entendue de la notion d'ordre public est parfois contestée par certains auteurs assez minoritaires qui ne verraient dans l'ordre public économique que le recours au domaine concurrentiel, laissant de côté tout le reste des conventions.

2. Une définition trop restrictive de l'ordre public économique.

371. Une définition de l'ordre public économique restrictive. Au contraire de la définition précédente donnée à l'ordre public économique, trop englobante, certains auteurs y voient au contraire un concept restrictif, que l'on peut qualifier même de trop restrictif, et qui ne doit pas trouver approbation. En effet, Monsieur Charles VAUTROT-SCHWARZ considère ainsi que l'expression d'ordre public économique serait « historiquement datée » et qu'elle partirait d'un postulat erroné qui voudrait recouvrir tout le droit économique, quitte à se calquer sur cette matière¹²²¹. Pour lui, l'ordre public économique se résumerait aujourd'hui à l'ordre public économique de la concurrence. En effet, il considère, avec Madame Martine LOMBARD, que « *« planifications, polices économiques et entreprises publiques » cèdent le pas à la « régulation » et au « marché » qui, aujourd'hui, gouvernent* »¹²²². Ainsi, seule la police de la concurrence ferait aujourd'hui partie véritablement de l'ordre public économique. Elle serait alors garantie par les différentes autorités administratives indépendantes, telles que l'Autorité des Marchés financiers, le Conseil supérieur de l'audiovisuel, ou encore l'Autorité du contrôle prudentiel¹²²³. Cependant, à retenir cette définition, tout ce qui est relatif au droit de la consommation disparaîtrait, tout comme le droit commun des contrats. Faire ce choix paraît assez étonnant et très minoritaire. L'explication pourrait résider dans le fait que son étude part d'un prisme

¹²²¹ Ch. Vautrot-Schwarz, « L'ordre public économique », in *L'ordre public*, (dir. Ch.-A. Dubreuil, Cujas, Coll. « Actes et études », 2013, p. 187 et s, spéc. p. 189 et 190.

¹²²² M. Lombard, « Le droit public de l'économie à l'aube du XXI^e siècle », *AJDA* 2009, p. 1217, cité par C. Vautrot-Schwarz, « L'ordre public économique », *op. cit.*

¹²²³ Autorité qui veille « à la préservation de la stabilité du système financier et à la protection des clients, assurés, adhérents et bénéficiaires des personnes soumises à son contrôle » comme l'affirme le Code monétaire et financier (C. mon et fin., art. L. 612-1 I).

administrativiste. Toutefois, malgré cet élément déterminant du champ d'application de la définition, cela ne doit pas permettre d'approuver cette définition, même dans ce cadre resserré.

372. Une définition à écarter. Cette définition de l'ordre public économique n'apparaît par conséquent pas judicieuse car trop restrictive. Si la définition précédente de l'ordre public économique précédente était trop large, celle-ci se révèle beaucoup trop restreinte et doit donc être écartée totalement, l'intégration du droit de la consommation étant ici indispensable. L'ordre public économique ne peut s'entendre que comme régissant les relations contractuelles au sens large du terme, en les prenant dans leur globalité, quitte à ce que la définition retenue ne soit pas pertinente pour notre étude. Le choix d'une définition trop restreinte fait perdre l'intérêt majeur de l'ordre public économique, à savoir la prise en compte de toutes les normes impératives auxquelles les contrats ne peuvent déroger dans l'élaboration de leurs conventions. En outre, le droit de la consommation et le droit de la concurrence observent une même tendance en matière de recours aux sanctions non civiles et il ne peut donc pas y avoir de dissociation. Il faut impérativement trouver une notion qui transcende ces disciplines.

373. Transition. Il est impératif de retenir une définition large de l'ordre public économique, même si elle doit échouer à être le critère déterminant du choix du recours entre sanctions civiles et non civiles. Il faut dès lors essayer de trouver, à l'intérieur de cet ordre public économique, une dichotomie assez claire et pertinente qui justifierait le recours aux sanctions non civiles et, par suite, entre les sanctions administratives et les sanctions pénales.

II. L'ordre public envisageable : créer une nouvelle trichotomie.

374. Créer un nouveau paradigme. Dans un domaine économique contractuel où s'observe une « superposition de sanctions »¹²²⁴ entre les sanctions civiles, pénales et administratives, il est fondamental de trouver une justification au recours de chacune d'entre elles. Cela doit passer par la recherche d'une nouvelle subdivision au sein de l'ordre public économique, autre que celle distinguant l'ordre public de protection et l'ordre public de

¹²²⁴ R. Vouin, « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron. P.31 et s., spéc. P.32. : parlait déjà de « superposition ou d'échelle des sanctions », entre sanctions civiles et pénales. Aujourd'hui, il faut rajouter les sanctions administratives.

direction. Outre le fait que cette distinction ne permet pas de délimiter le recours aux sanctions non civiles, la confusion des lignes de séparation entre les deux notions nuit grandement à la lecture de ces concepts. Par conséquent, sans se départir de l'ordre public économique, inhérent à notre champ d'étude par son domaine d'action, il appert indispensable de trouver une nouvelle trichotomie fondant le recours à l'une ou l'autre des sanctions. Il faut tout d'abord s'attacher à trouver une première dichotomie permettant de faire le départ entre les sanctions civiles et les sanctions non civiles (A), avant de pouvoir subdiviser à nouveau cette dernière dans le but de pouvoir justifier le recours tantôt à la sanction administrative, tantôt à la sanction pénale (B).

A. L'ordre public économique renforcé, fondement aux sanctions non civiles

375. Question. L'ordre public économique ne devrait-il pas être réattribué à une fonction plus proche de celle que nous recherchons ? Nous pensons en effet que la définition qui en est donnée est trop restrictive. Dès lors, en prenant également en considération l'Ordre public du marché, il serait possible d'établir que l'Ordre public économique puisse rassembler tant les règles non civiles de droit de la consommation que du droit de la concurrence, la notion s'adaptant ici à l'évolution croissante qu'a connue la première matière en droit.

376. Le droit pénal, un droit éminemment en lien avec l'ordre public. Le lien entre droit pénal et ordre public apparaît évident. D'ailleurs, Messieurs Jean-Jacques LEMOULAND et Gaël PIETTE affirment à propos de l'ordre public pénal qu'à « première vue, l'expression peut paraître pléonastique »¹²²⁵. Ils ajoutent que « les dispositions pénales sont certainement d'ordre public en ce sens que leur violation trouble l'ordre social. Toute convention ayant pour objet de commettre une infraction pénale serait contraire à l'ordre public et frappée de nullité ». Beaucoup d'auteurs vont d'ailleurs dans ce sens, à l'image de Madame Sylvie CIMAMONTI¹²²⁶ ou encore de Madame Audrey DARSONVILLE, pour qui « l'atteinte à l'ordre public lors de la commission d'une infraction, est donc le fondement de l'application du droit pénal, indépendamment de toute autre considération, notamment du préjudice subi par la victime »¹²²⁷. L'atteinte à l'ordre public est donc inhérente au droit pénal, ils sont intimement liés et si l'ordre

¹²²⁵ Jean-Jacques Lemouland et G. Piette, v° « Ordre public et bonnes mœurs », *Répertoire de droit civil*, février 2019, n°69.

¹²²⁶ S. Cimamonti, « L'ordre public et le droit pénal », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 100.

¹²²⁷ A. Darsonville, « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, (dir. Ch.-A. Dubreuil, Cujas, Coll. « Actes et études », 2013, p. 287 et s.

public peut exister sans le droit pénal, la réciproque n'est pas vraie. Une atteinte à l'ordre public est indispensable à la mise en œuvre du droit pénal, qui a pour mission de protéger l'intérêt général.

377. Le droit pénal et le droit des contrats. En matière contractuelle, le droit pénal va donc jouer un rôle particulier puisque, comme il a déjà été observé, il va conduire non seulement à la protection de l'intérêt général, mais également bien souvent à la protection d'intérêts particuliers, notamment en droit de la consommation. Peuvent ainsi être envisagés ici les infractions qui portent atteinte au consentement des personnes, comme l'abus de faiblesse ou les pratiques commerciales agressives. Plus encore, selon certains auteurs, comme Monsieur Philippe LAURENT, « *l'ordre public traditionnel est venu s'enrichir, sous l'influence du droit pénal, d'un ordre public économique, d'un ordre public des sociétés (...). Le contrat, devenu un véritable fait social, s'inscrit nécessairement dans un cadre juridique strictement délimité par la frontière entre le licite et l'illicite* »¹²²⁸. Droit pénal et droit des contrats s'enrichissent l'un l'autre.

En matière contractuelle, « *Le droit pénal intervient nécessairement comme moyen de délimiter une grande partie du domaine de validité du contrat. Il ne permet alors que de déterminer le périmètre à l'intérieur duquel le contrat produira valablement ses effets : il ne s'agit alors que d'une action indirecte* »¹²²⁹.

378. La nécessité de trouver un but au droit pénal pour définir l'ordre public pertinent. Madame Pierrette PONCELA et Monsieur Pierre LASCOUMES affirment que redéfinir l'ordre public, c'est redistribuer « *des catégories définissant l'ordre et le désordre social et permettant d'un sanctionner les transgressions* »¹²³⁰. Cela traduit très bien l'objectif de ces lignes : remettre le système de l'ordre public à plat pour retrouver un ordre social cohérent qui permette de trouver les sanctions cohérentes aux comportements commis. Or, en droit pénal, « la frontière repose sur le constat

¹²²⁸ Ph. Laurent, *Contrat et droit pénal*, thèse, 2001, p.38-39.

¹²²⁹ *Ibid.*

¹²³⁰ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du Code pénal de 1992*, Convention de recherche n°RE 95 22 de la mission de recherche Droit et justice, Ministère de la Justice, 1998, p. 1 et 2.

d'une atteinte ou non à l'intérêt général » entre le pénal et le non-pénal.¹²³¹ « *En droit pénal, il ne s'agit pas de réparer (un dommage) mais de punir l'auteur d'une faute.* »¹²³²

Afin de construire un régime pertinent, il faut se référer à ceux qui ont déjà tenté de délimiter l'ordre public. Jeremy BENTHAM est le premier à « *fonder les principes de sa législation rationnelle sur des fictions* »¹²³³, qu'il va nommer des « *fictitious entity* »¹²³⁴. Il conceptualise alors le domaine juridique comme une « *toile d'araignée* » mettant en rapport des entités abstraites, ce qui est le cas pour l'ordre publi. On cherche ici à catégoriser l'ordre public, pour assurer « *une régulation des rapports sociaux et [de participer] aux règlements des conflits et des litiges* »¹²³⁵. Pour Monsieur Louis Assier-Andrieu, « *le droit est un processus, sans cesse renouvelé de classification du réel* »¹²³⁶. Par conséquent, la catégorisation des sanctions au sein d'un ordre public servira à mettre des mots sur des concepts abstraits et avoir une vision plus claire de ce qu'on attend de la sanction non civile.

Cette sanction non civile s'inscrit dans des domaines particuliers, dans un environnement spécifique avec lequel il faut cohabiter. Ainsi, Messieurs Rosenfeld et Veil¹²³⁷ constatent que le droit de la consommation doit composer avec « *le délicat équilibre spécifique à la matière existant entre les nécessités de l'ordre public, le droit des victimes et la protection des droits de la défense* ». En droit pénal, ce sont les dimensions de liberté et de sûreté qui innervent tout le droit pénal original, même si au fil du temps, de nombreuses règles pénales ont eu pour « *fonction de renforcer l'effectivité d'une règle à finalité économique, plus rationnelle que morale* »¹²³⁸.

En s'analysant comme la défense des valeurs sociales fondamentales, le droit pénal s'inscrit parfaitement dans le cadre de l'ordre public. Néanmoins, il va être nécessaire de trouver les valeurs atteintes en matière économique contractuelle pour parvenir à l'élaboration d'un ordre public pertinent. Les valeurs à défendre sont évidemment les intérêts économiques et du marché, traduisant l'ordre public économique de direction classique. En outre, il faut retenir ici

¹²³¹ Y. Chaput, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », in *La pénalisation*, Pouvoirs, n°128, 2009 p. 87 et s., spec. p. 91.

¹²³² *Ibid.*

¹²³³ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du Code pénal de 1992*, *op. cit.*, p.43.

¹²³⁴ Cf. Christian Laval, *Jeremy bentham, Le pouvoir des fictions*, PUF 1994, p.51 et s.

¹²³⁵ P. Poncela et P. Lascoumes, *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du Code pénal de 1992*, *op. cit.*

¹²³⁶ Louis Assier Andrieu, *Le peuple et la loi*, LGDJ 1987, p. 27.

¹²³⁷ E. Rosenfeld et Jean Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », in *La pénalisation*, Pouvoirs, n°128, 2009, p. 61 et s., spec. p. 70 et s.

¹²³⁸ Y. Chaput, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *op. cit.* : « Où l'on voit un « souverain » au côté des victimes selon la formule d'Antoine Garapon..

la volonté de protection des parties les plus faibles, se conformant ainsi aux valeurs défendues par l'ordre public de protection. A cela, il faut rajouter les valeurs propres au droit pénal, à savoir la protection des biens, à travers des infractions comme l'escroquerie par exemple, mais également la protection des personnes, comme l'abus de faiblesse. Il faut donc rechercher à rallier une grande variété de valeurs à protéger tout en conciliant avec la nécessité d'une sanction proportionnée à la gravité de la faute, afin que la sanction non civile conserve une fonction rédemptrice¹²³⁹.

379. Un ordre public économique renforcé. Finalement, on se rend compte que toutes ces valeurs conduisent au maintien au sein de la catégorie de l'ordre public économique. Toutefois, on a déjà mentionné le fait qu'elle était clairement trop large pour être pertinente. Étant donné que l'on s'interroge sur la valeur sociale portée en matière contractuelle¹²⁴⁰, on s'aperçoit qu'il faut une protection plus forte que celle accordée par l'ordre public économique classique et qui transcende la distinction entre ordre public de protection et ordre public de direction. Finalement, la protection recherchée est celle d'une protection d'un niveau renforcé, permettant une meilleure efficacité de la législation. Par conséquent, nous proposons de retenir la notion d'ordre public renforcé pour justifier le recours aux sanctions non civiles.

380. Transition. Volontairement large dans sa dénomination pour pouvoir prendre en compte tous les aspects de la matière concernée et toutes les valeurs protégées, il pourra se construire et se décliner entre les sanctions administratives et les sanctions pénales.

B. Trouver une sous-dichotomie pour justifier le recours aux sanctions administratives ou pénales.

381. Trouver une nouvelle dichotomie fondée sur des valeurs différentes. Une fois déterminé l'ordre public économique renforcé, cela permet de distinguer le recours aux sanctions civiles des sanctions non civiles. Néanmoins, cela n'est pas suffisant et il faut s'attacher à trouver une justification au recours aux sanctions administratives plutôt qu'aux sanctions pénales. Il a été indiqué précédemment qu'à l'origine, sanctions administratives et sanctions

¹²³⁹ V. not. sur cette question : Y. Chaput, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *op. cit.*

¹²⁴⁰ J.-M. Varaut, « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *REV. SC. CRIM* 1982, p.261 et s.

pénales étaient différentes et avaient donc des buts différents. Messieurs Rosenfeld et Veil rappellent d'ailleurs que « *sanctions administratives et sanctions pénales ne sont pas interchangeables. La liberté du législateur pour édicter les unes ou les autres n'est pas seulement une manifestation d'arbitraire, elle est au contraire le signe de l'irréductible différence de la sanction pénale qui, soit par la privation de liberté, soit simplement par la force symbolique qu'elle dégage, traduit la réprobation du corps social à un degré que la sanction administrative ne peut exprimer. Contrairement au supplice selon Sade ou selon Maistre, contrairement à l'audience d'un tribunal pénal, la séance d'une autorité administrative n'est pas spectacle. Rien ne s'y joue pour l'inconscient collectif. Du reste, la presse people s'en désintéresse* »¹²⁴¹. Une différence majeure existerait donc entre les deux types de sanctions, et un élément permettrait de recourir au choix rationnel entre elles. Par conséquent, la sanction administrative ne doit pas être considérée, ainsi que le législateur a tendance à le faire actuellement, comme un outil de remplacement de la sanction pénale quand il estime plus aisé d'établir des textes sanctionnés par des amendes administratives. Messieurs Rosenfeld et Veil ajoutent ainsi que « *la sanction administrative n'est pas un ersatz inutile de la sanction pénale. Elle n'est pas seulement le fouet dont tout régulateur a besoin pour être crédible dans sa mission quotidienne. Elle est une possibilité offerte à l'autorité de poursuite de graduer la punition en fonction de la gravité des comportements et de gérer de la manière la plus efficace les dossiers* »¹²⁴².

Mais alors, sur quel élément fonder la différence d'intérêt à protéger entre le droit pénal et le « droit administratif pénal », puisque le législateur l'a annexé pour y transférer une partie des contentieux qu'il ne voulait plus soumis au droit pénal. Le droit pénal est le garant par excellence de l'ordre public. La lecture des incriminations et leur place dans le Code pénal traduisent les valeurs sociales qui doivent être protégées en priorité dans la société française. À ce titre, la protection des personnes passe avant celle des biens. Parmi les infractions relevant du droit économique contractuel, certaines infractions se trouvent dans le Code pénal. On retrouve par exemple l'abus d'état d'ignorance ou de faiblesse prévu à l'article 223-15-2 du Code pénal, tandis que l'escroquerie est prévue à l'article 313-1 de ce même code. Ces deux infractions montrent que les valeurs protégées par le droit pénal économique contractuel sont au moins les personnes et les biens. Cet exemple peut être étendu au Code de la consommation, qui s'inscrit dans la défense de ces valeurs également, tout comme le Code de commerce pour sa partie relative aux pratiques restrictives de concurrence. En effet, chacune des disciplines, qu'elle relève du droit commun ou droit spécial, est amené à protéger le consentement de la partie contractante ou son

¹²⁴¹ E. Rosenfeld et Jean Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *op. cit.*, p. 71.

¹²⁴² *Ibid.*

patrimoine selon les dispositions envisagées. Cela signifie donc qu'on peut exclure la distinction fondée sur la protection des personnes ou la protection des biens pour différencier le recours entre le droit administratif et le droit pénal.

Quant au droit administratif, « la *protection de l'ordre public est la seconde finalité de l'action administrative.* »¹²⁴³ selon Monsieur Bertrand SELLIER. Si l'on s'attache à regarder les valeurs protégées, on constate que tant la protection des personnes (obligation d'information, clauses réputées non écrites et protection contre le déséquilibre significatif) que la protection des biens (délais de paiement, est également protégée dans le cadre de la procédure administrative. Cependant, une première piste est à creuser du côté de la gravité des actes et la corrélation avec les sanctions. Assez logiquement, il importerait que les comportements les plus graves soient punis pénalement, créant une sorte de hiérarchisation, si elle est possible à mener.

¹²⁴³ Bertrand Seiller, *Droit administratif. 2. L'action administrative*, sous la direction de Seiller Bertrand. Flammarion, 2018, pp. 77-et s.

Section 2. Fonder une organisation cohérente des sanctions.

382. Présentation. Le droit positif est actuellement composé de trois types de sanctions répressives : les sanctions pénales – dont la diversité a déjà été relevée¹²⁴⁴ –, les sanctions administratives (composées principalement des amendes administratives et de la publicité des décisions) et l’amende civile. Cependant, « aucune cohérence d’ensemble » ne semble émerger dans le choix du recours à une sanction plutôt qu’à une autre. L’opportunisme législatif le guide plus certainement qu’un véritable cadre qui permettrait de déclarer formellement et rapidement, avec une grille de lecture lisible, quelle sanction doit être privilégiée pour tel manquement. Cet imbroglio autour des sanctions interroge également sur les interactions qu’elles peuvent avoir les unes avec les autres. S’il est impératif, pour une bonne lisibilité du droit économique contractuel, de respecter la hiérarchie répressive des sanctions (I), il est également essentiel de les coordonner entre elles (II).

I. Respecter la hiérarchie répressive des sanctions

383. Présentation. Au-delà du cas particulier propre au droit pénal, qui conserve « l’exclusivité du pouvoir de prononcer des peines privatives de liberté, les sanctions ont de grandes similarités, particulièrement les sanctions pécuniaires, lesquelles nous font nous demander à quel moment faut-il privilégier une sanction plutôt qu’une autre. Si les sanctions civiles doivent rester une catégorie autonome, en dehors de toute classification (A), il serait opportun de déterminer une échelle des sanctions répressives (B).

A. Les sanctions civiles, une catégorie autonome

384. L’impossible hiérarchisation des sanctions civiles par rapport aux sanctions répressives. Face à un éventail de sanctions composé de sanctions tant administratives, pénales que civiles, il importe de savoir comment le législateur va opérer un choix entre ces différentes sanctions pour venir compléter les articles de lois. Sans entrer dans le détail du choix du recours

¹²⁴⁴ Cf. supra, n°146 et s.

de chaque sanction civile (nullité, caducité, réputé non écrit, exception d'inexécution, dommages et intérêts, etc.), il convient de vérifier si le choix entre une sanction civile, une sanction pénale et/ou administrative peut être effectué. Il a été constaté que la sanction civile avait un but principalement réparateur : elle influe directement sur le contrat ou sur le contractant, le but de la sanction civile n'est ni d'enrichir la victime, ni de punir le coupable du manquement contractuel. Si la survie du contrat peut être envisagée, elle sera privilégiée, afin de poursuivre la relation contractuelle le plus sereinement possible (réputé non écrit, réduction du prix, déchéance du droit aux intérêts). Dans le cas contraire, lorsque sauver le contrat n'apparaît pas souhaitable, la disparition du contrat sera préférée (nullité, caducité, résolution du contrat...). Ici, aucune idée de punition n'émane, sauf à considérer les dommages et intérêts punitifs et l'amende civile. Or, pour l'amende civile, il a déjà été démontré que cette sanction n'a de civil que le nom. En outre, si elle fait encore partie des sanctions répressives à l'heure actuelle, une transformation en amende pénale semble appropriée. D'ailleurs, le régime appliqué, les prérogatives procédurales accordées tant au ministre de l'Économie qu'au Ministère public en la matière ne laissent plus de place au doute : elle doit être exclue du domaine civil¹²⁴⁵. Quant aux dommages et intérêts punitifs, que nous souhaitons voir prospérer en droit économique contractuel, l'encadrement proposé permettra de ne pas lui conférer une valeur répressive¹²⁴⁶.

385. L'autonomie de la sanction civile. Dès lors, il convient de laisser à la sanction civile son autonomie et de ne pas essayer de la catégoriser au regard des autres. Elle aura toujours sa place pour gérer la situation contractuelle *per se*, sans se préoccuper de l'aspect répressif, qu'elle laisse aux sanctions pénales et administratives.

B. Les sanctions répressives, une échelle à construire

386. L'idée d'une hiérarchie des sanctions répressives. Face à plusieurs sanctions qui se ressemblent parfois trait pour trait (amendes pénale et administrative, publicité de la décision de condamnation), la tentation de les hiérarchiser est grande. En effet, établir une échelle des peines communes aux sanctions répressives en droit économique contractuel aurait pour avantage d'orienter tant le législateur dans l'élaboration des futures normes que l'observateur et

¹²⁴⁵ Dans ce sens, v. : D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., p.215 et s., n°203.

¹²⁴⁶ Cf. *supra*, n°101 et s.

le justiciable dans les méandres des textes. Mais peut-on réellement envisager une hiérarchie des sanctions pénales et administratives ?

La première idée pourrait être de tenter d'intégrer les sanctions administratives au sein de l'échelle des peines classique du droit pénal. Déterminer une échelle des sanctions en fonction du *quantum* de la peine semble une première idée intéressante. En effet, il s'agit déjà de la méthode appliquée au sein du droit pénal pour distinguer la nature des infractions. En outre, c'est la même logique qui anime la distinction entre les infractions contraventionnelles, délictuelles et criminelles, puisqu'ici, la nature de l'infraction est fonction du *quantum* de la peine d'emprisonnement. Il faudrait alors pouvoir intégrer l'amende administrative sur l'échelle des peines existantes en matière pénale. Or, une première difficulté apparaît : le *quantum* de l'amende administrative diffère selon les comportements réprimés, ce qui lui confère une place mouvante sur l'échelle des peines. Il existe en effet trois catégories d'amendes administratives en matière consumériste : celles dont le montant ne peut pas excéder 1 500 Euros pour les personnes physiques et 7 500 Euros pour les personnes morales¹²⁴⁷ ; puis celles dont le montant ne peut excéder 3 000 Euros pour les personnes physiques et 15 000 Euros pour les personnes morales¹²⁴⁸ ; enfin, les amendes administratives dont le montant ne peut excéder 15 000 Euros pour une personne physique et 75 000 Euros pour une personne morale¹²⁴⁹. Cependant, on change de perspective en matière concurrentielle, puisque les amendes peuvent atteindre 15 000 Euros pour une personne physique et quatre millions d'Euros pour une personne morale, montant qui laisse plus penser à une peine criminelle qu'à une peine délictuelle¹²⁵⁰. Dès lors, il est difficile de placer l'amende administrative au cœur de l'échelle des peines pénale, sauf à ce que l'on subdivise les amendes administratives pour les répartir au cœur des catégories propres au pénal, ce qui ne paraît pas opportun. L'amende administrative se situerait par moments au niveau d'une contravention, souvent au niveau des délits et la peine de 4 millions d'euros qui est prévue en matière de délais de paiements pour les personnes morales la ferait basculer du côté de la peine criminelle, tant le *quantum* est conséquent. Cette première idée de hiérarchisation

¹²⁴⁷ On peut citer par exemple ce quantum dans le cadre du non-respect d'une injonction administrative (art. L.521 à L.521-2)

¹²⁴⁸ On retrouve ces amendes en présence d'une clause abusive (de la liste noire (C. consom., art. R. 212-2) ou dans le cadre de manquements aux obligations d'information dans le cadre des contrats hors établissements ou à distance).

¹²⁴⁹ Dans le cadre de manquements aux règles sur le droit de rétractation (C. consom., art. L.221-8 et s.), ou de harcèlement téléphonique illégal (C. consom. art. L. 242-12 et L.221-16)

¹²⁵⁰ Montants applicables dans le cadre des délais de paiement : art. L. 441-10 du Code de commerce.

en fonction du *quantum* de la peine doit donc être abandonnée en ce qu'elle n'apparaît ni lisible, ni réalisable.

Deux auteurs anglais ont proposé de créer une « pyramide des sanctions », destinée à faciliter l'articulation entre la répression pénale et la répression administrative¹²⁵¹. Au bas de la pyramide se trouveraient les stratégies de dialogue et de négociation dont dispose l'administration. Ensuite viendraient les rappels formels, dont les injonctions et mises en demeure, puis les sanctions administratives classiques (parmi lesquelles les amendes administratives). Au-dessus de ces sanctions administratives, se positionneraient les sanctions pénales, qui auraient donc une valeur plus importante que les sanctions administratives. Enfin, on retrouverait en haut de la pyramide une suspension d'autorisation et une révocation de l'autorisation. Cette théorie laisse perplexe et s'inscrit difficilement dans la pratique du droit économique contractuel. Nous nous abstenons donc de retenir cette vision.

387. Une répartition fondée sur la faute ? Les idées d'échelle des peines et de pyramide ayant échoué, il convient de rechercher un nouveau critère de détermination entre la sanction pénale et la sanction administrative. Pour Monsieur Jacques-Henri STAHL, les différences entre les sanctions pénales et administratives « *peuvent aussi être regardées comme une traduction de l'idée d'adéquation, ou de proportion, entre la faute et la sanction. Les fautes les plus graves, aux implications les plus générales et qui mettent le plus fortement en cause l'ordre social, sont celles qui sont réprimées par le juge pénal par les sanctions les plus sévères qui se traduisent par une privation de liberté. Les fautes les plus spécialisées, ou de portée plus circonscrite, comme la faute disciplinaire, la faute fiscale ou la faute professionnelle, font en revanche l'objet d'une répression plus spécialisée, avec un éventail de peines plus limité* »¹²⁵². Il pourrait donc y avoir un critère de détermination dans la gravité de la faute sanctionnée. À ce propos, Monsieur

¹²⁵¹ I. Ayres et J. Braithwaite, *Responsive regulation : transcending the deregulation debate*, Oxford University Press, 1992, cité par : Th. Perroud, « Chapitre VIII. Royaume-Uni », in J. Bétaille, D. Chouki, Coralie Courtainge-Deslandes, M. Desguergue, E. Langelier, et al., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice, 2017, p.136 et s., sp. 162 et s.

¹²⁵² J.-H. Stahl, « Première table ronde. La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités - : convergences et spécificités », Actes, in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2015, p.45 et s., sp. p.49.

Laurent LE MESLE, affirme qu'on peut « *qualifier la peine par rapport à la faute que l'on [vent] sanctionner* »¹²⁵³.

Comment mettre en place ce système de répartition selon la faute ? Pour Monsieur Jacques Petit, il s'agit donc d'un « *lien entre le contenu de la sanction et le contenu de la réglementation qu'il s'agit de faire respecter, qui renvoie à l'idée très classique du droit pénal du lien entre la nature de l'infraction, le contenu de l'infraction et la nature de la peine. Il faut être puni par où l'on a péché. C'est l'un des principes énoncés par Beccaria.* ».

En pratique, l'étude des incriminations laisse un peu perplexe. Les sanctions administratives et pénales ayant des objectifs de protection similaires, et sanctionnant souvent les mêmes comportements, la pertinence dans le choix de la faute comme critère de distinction laisse dubitatif. S'il « n'est donc pas vraiment surprenant que le contenu de la sanction soit en rapport étroit avec la cause de la sanction – la faute – comme avec la finalité poursuivie par chaque type de sanction »¹²⁵⁴, il échoue à servir de repère déterminant dans la catégorisation de la sanction. Et finalement, si cette échelle des sanctions répressives était impossible à construire en matière de droit économique contractuel ? Le flou dans lequel nous a laissé le législateur nous empêche de créer un système cohérent à partir des infractions et sanctions existantes. Il resterait donc à réformer le système dans son entier, pour trouver un système hybride, prenant comme critères de distinction deux éléments : le *quantum* de la peine d'une part et la nature de la faute d'autre part. Cela signifierait alors la disparition de la sanction des délais de paiement par les autorités administratives, le *quantum* étant trop conséquent. En outre, à moins d'identifier deux intérêts totalement différents à protéger, le législateur pourrait difficilement retenir pour une même incrimination une amende administrative et une amende pénale.

388. Transition. L'état actuel des sanctions en droit économique contractuel empêche de créer un système homogène et rationnel. Pourtant, ces sanctions existent bien et il faut qu'elles

¹²⁵³ L. Le Mesle, « Première table ronde. La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités - : convergences et spécificités », Actes, in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p.45 et s., sp. p.50.

¹²⁵⁴ *Ibid*

puissent cohabiter les unes avec les autres. C'est pourquoi il est indispensable de s'attacher à la coordination des sanctions entre elles.

II. Coordonner la mise en œuvre des sanctions entre elles

389. Un contentieux diffus. La nature diversifiée des sanctions conduit à une diffusion du contentieux entre les juridictions civiles, pénales et administratives. Cela peut conduire une personne à être sanctionnée par différentes instances pour un même fait. Outre le fait que la personne puisse être reconnue coupable devant une instance et non devant une autre, ce qui pose des problèmes de cohérence certains, elle pourra être sanctionnée diversement et parfois cumulativement. La difficulté se posera particulièrement en cas de cumul des sanctions répressives. Cependant, ce n'est pas la seule interrogation qui se pose dans ce cadre. En effet, il est indispensable de se poser la question de l'influence du prononcé d'une sanction sur les autres, particulièrement les sanctions répressives sur les civiles. Dès lors, il est impératif de maintenir un contrôle strict sur les cumuls de sanctions répressives (A) et d'organiser l'impact de leur prononcé sur celui de sanctions civiles (B).

A. Maintenir un contrôle strict sur les cumuls de sanctions répressives.

390. L'existence d'un droit au cumul des sanctions pénales et administratives¹²⁵⁵. Lors de son élaboration, le législateur a prévu au sein du droit de la consommation des infractions punies non seulement par une sanction pénale, mais également par une sanction administrative, parmi lesquelles on retrouve l'abus de faiblesse. Or, la difficulté se pose en présence de sanctions similaires, principalement en présence de sanctions pécuniaires. Les deux amendes, pénale et administrative, peuvent-elles se cumuler ou le prononcé de l'une est-il alternatif du prononcé au l'autre ? La condamnation cumulative à ces deux sanctions viendrait ainsi en contradiction avec le principe général du droit *non bis in idem*, qui interdit qu'une même affaire soit punie deux fois. À la confusion liée au choix de la sanction à adopter, se rajouterait donc celle liée au droit au cumul ou non des sanctions et toutes les difficultés qui s'en suivraient, notamment sur la

¹²⁵⁵ L'amende civile est une nouvelle fois exclue du champ d'étude car cette sanction impose un changement de nature pour devenir une sanction pénale. Cf. *supra*, n°123 et s.

question de la primauté de la sanction. Cependant, la jurisprudence, tant constitutionnelle¹²⁵⁶ qu'euro-péenne¹²⁵⁷, admet assez facilement la possibilité d'un cumul des sanctions. Le Conseil constitutionnel va même confirmer cette position spécifiquement en matière consumériste à l'occasion de l'étude de la Loi du 17 mars 2014 (Loi HAMON), dans une décision du 13 mars 2014¹²⁵⁸. Une seule limite cependant : il faut s'assurer du respect du contrôle de proportionnalité en veillant à ce que le montant global des sanctions prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues, qu'il s'agisse de la sanction pénale ou administrative. Cette vérification devra être réalisée par chaque juridiction, afin de s'assurer que le maximum encouru n'ait pas été prononcé à l'encontre de la personne poursuivie. Il est donc possible d'avoir un professionnel condamné à une amende administrative et une amende pénale, pour la même infraction.

391. Le maintien indispensable de ce contrôle strict sur le cumul des sanctions. La question du cumul des sanctions revient régulièrement devant les juridictions. Le Conseil constitutionnel est ainsi sollicité par le biais de questions prioritaires de constitutionnalité en vue de vérifier si les dispositions du Code de la consommation méconnaissent les principes de nécessité et de proportionnalité des peines en permettant un cumul de sanctions administrative et pénale pour les mêmes faits¹²⁵⁹. Cette restriction imposée aux juridictions est indispensable et doit être maintenue. Le *quantum* des sanctions encourues est tel que le principe de proportionnalité est en danger à chaque fois que des cumuls de sanctions sont envisagées. La divisibilité de la sanction répressive doit permettre une sanction effective de l'auteur des faits

¹²⁵⁶ Cons. const., 28 juillet 1989, n°89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier, non-conformité partielle, JO 1^{er} août 1989, p.9676, FDA 1989. 671, note B. Genevois ; Cons. const. 18 mars 2015, n°2014-453/454, 2015-462 QPC, Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié, non-conformité partielle – effet différé Cf. supra, I., JO 20 mars 2015, p.5183, AJDA 2015. 1191, étude P. Idoux, S. Nicinski et E. Glaser ; *D.* 2015. 894, et les obs., note A.-V. Le Fur et D. Schmidt ; et 874, point de vue O. Décima ; et 1506, obs. C. Mascala ; et 1738, obs. J. Pradel ; et 2465, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi et S. Mirabail ; *AJ pénal* 2015. 172, étude C. Mauro ; et 179, étude J. Bossan ; et 182, étude J. Lasserre Capdeville ; *Rev. sociétés* 2015. 380, note H. Matsopoulou ; *REV. SC. CRIM* 2015. 374, obs. F. Stasiak ; et 705, obs. B. de Lamy ; *RTD com.* 2015. 317, obs. N. Rontchevsky ;

¹²⁵⁷ CJUE 20 mars 2018, *Menci*, aff. C-524/14 ; CJUE 20 mars 2018, *Garlsson Real Estate*, aff. C-537/16 – CJUE 20 mars 2018, *Di Puma*, aff. C-596/16. Voir également en matière conventionnelle : CEDH, 15 nov. 2016, *A et B. c/ Norvège*, req. N°2413/11 et 29758/11

¹²⁵⁸ Cons. const., 13 mars 2014, n°2014-690 DC, Loi relative à la consommation, non-conformité partielle, JO 18 mars 2014, p.5450.

¹²⁵⁹ Cons. const., décision n°2019-790-QPC du 14 juin 2019, *D.* 2019, p.1220. Malheureusement, le Conseil constitutionnel n'a pas pu s'exprimer sur le fond de la possibilité ou non du cumul de sanction de l'article L.132-2 du Code de la consommation, car les requérants voulaient vérifier sa comptabilité avec l'article L.522-1 du même code, lequel donnait simplement compétence à l'autorité administrative de prononcer les amendes administratives. Sur cette question, v. not : S. Bernheim-Desvaux, in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, Coll. Dalloz Action, 2020, p.1131, n°421-104.

répréhensibles sans toutefois le punir outre-mesure. Si le législateur a souhaité, du moins au départ, transformer la sanction pénale en sanction administrative pour des raisons de meilleure effectivité de la norme juridique en droit économique contractuel, cela ne doit pas conduire à punir trop l'auteur : une punition juste prononcée dans le respect du principe de proportionnalité des peines.

392. Transition. Le droit actuel prévoit déjà un encadrement réel et efficient du cumul de sanctions administrative et pénale et il mérite d'être maintenu, en vue d'assurer un contrôle effectif des juridictions sanctionnatrices. La connexion entre sanctions n'existe pas qu'en matière répressive, il faut impérativement organiser l'impact des sanctions de ces dernières sur le prononcé de sanctions civiles.

B. Organiser l'impact des sanctions répressives sur les sanctions civiles

393. Une corrélation entre le prononcé des sanctions répressives et celui de sanctions civiles. La sanction répressive en droit économique contractuel vient caractériser la nécessaire protection de l'intérêt général et des intérêts particuliers, qui se manifeste au travers de l'ordre public économique renforcé. Or, lorsqu'une telle sanction est prononcée, c'est que l'instance sanctionnatrice (juridiction pénale ou l'autorité administrative), considère que cet intérêt est violé, donc que le comportement étudié est grave. Poursuivant dans cette logique, il apparaît indispensable qu'il y ait des conséquences civiles à ces actes commis. En effet, dans le cadre qui nous intéresse, il ne faut pas oublier que ces dispositions ont pour objectif de réguler et protéger les relations contractuelles. Si un juge ou une autorité administrative considère que le fait commis entraîne une violation des règles contractuelles, alors un effet sur la relation contractuelle devrait émerger, par l'intermédiaire d'une sanction civile.

Comme cela a déjà été constaté, le droit de la consommation et celui des pratiques restrictives de concurrence font souvent l'objet de contrats conclus à grande échelle : une même société, par le biais de multiples contrats d'adhésion, fraude autant de fois que le nombre de contrats signés. Or, au regard de l'effet relatif de l'autorité de la chose jugée, le prononcé de sanctions à l'encontre d'une victime ne peut être étendu à toutes les victimes qui n'ont pas poursuivi le contactant fautif. Pourtant, afin d'éviter les recours successifs, onéreux pour le système judiciaire, ne serait-il pas plus pertinent d'appliquer la solution à tous les contrats en cours, ainsi

qu'aux futurs contrats qui seraient conclus en fraude de cette décision ? Certaines idées tendent à mettre en place ce genre de règles mais cela mérite d'être approfondi, comme en matière de nullités, de clauses réputées non écrites ou de cessations à agir. Cependant, on comprend la réticence à se prononcer sur des contrats qui n'ont pas encore été conclus, puisque l'on condamne dans ce cas-là avant même la réalisation de l'infraction, et donc on remonte loin sur le chemin de *l'iter criminis*. Cependant, cela doit être contrebalancé par la protection plus générale apportée par ce biais, puisque la condamnation pourrait paraître être vaine si le contractant continue ses pratiques malgré une condamnation.

394. L'impact des sanctions répressives sur la nullité. Le prononcé d'une sanction répressive protégeant un ordre public économique renforcé en droit contractuel est supposé condamner un manquement tel que le contrat n'en est forcément affecté et, parmi les sanctions civiles les plus radicales, se trouve la nullité du contrat ; la relation contractuelle doit se terminer¹²⁶⁰. Le législateur a prévu cette hypothèse pour certaines infractions, dont celle de pratique commerciale agressive, contenue à l'article L.132-10 du Code de la consommation¹²⁶¹ où le contrat est considéré comme nul et de nul effet à chaque fois que l'infraction est reconnue. La question s'est posée de savoir si la nullité était dans ce cas automatique ou si elle devait faire l'objet d'un jugement spécifique conformément à l'article 1178 du Code civil¹²⁶². Une partie de la doctrine semble considérer que l'expression de « nul et de nul effet » autorise la dérogation à la règle imposant un magistrat pour prononcer la nullité, à l'image de ce qui existe pour le réputé non écrit¹²⁶³. On constate alors un impact conséquent de la sanction pénale sur la sanction civile : puisque du prononcé de la sanction répressive va découler la disparition rétroactive du contrat, en autorisant la victime à ne pas exécuter son obligation par exemple.

Il est à noter que le législateur n'a pas toujours pris soin d'assortir les sanctions pénales de la nullité du contrat, alors même que la situation s'y prête particulièrement. C'est notamment le cas pour les pratiques commerciales trompeuses, qui sont pénalement réprimées et pour lesquelles la victime peut demander réparation de son préjudice et la possibilité pour le magistrat

¹²⁶⁰ Cf. *supra*, n°41

¹²⁶¹ C. consom., art. L. 132-10 : « Le contrat conclu à la suite d'une pratique commerciale agressive mentionnée aux articles L. 121-6 et L. 121-7 est nul et de nul effet. »

¹²⁶² C. civ, art. 1178, al. 1^{er} : « Un contrat qui ne remplit pas les conditions requises pour sa validité est nul. La nullité doit être prononcée par le juge, à moins que les parties ne la constatent d'un commun accord. »

¹²⁶³ Dans ce sens, v. not. N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usurier, *Les contrats de consommation : règles communes*, 2^e éd., 2018, *op. cit.*, n°362. Ces auteurs s'appuient pour étayer leurs propos sur les rapports d'activités de la DGCCRF.

saisi de faire cesser les poursuites¹²⁶⁴, mais également en matière de contrat conclu hors établissement¹²⁶⁵. Partant, on se trouve face à une infraction pénale reconnue mais, le législateur n'ayant pas prévu la sanction de la nullité dans le texte, le contrat devrait logiquement se poursuivre. La Cour de cassation ne l'a pas entendu ainsi et a considéré, au visa de l'article 6 du Code civil,¹²⁶⁶ que la violation des textes relatives aux contrats hors établissement¹²⁶⁷ devait conduire à la nullité du contrat¹²⁶⁸. C'est donc en se fondant sur une atteinte à l'ordre public, matérialisée par l'infraction pénale, que la Cour de cassation justifie le recours à la nullité, dérogeant ainsi au principe de « pas de nullité sans texte »¹²⁶⁹. En droit de la consommation, on constate donc une influence de la sanction pénale sur la sanction civile. La question se pose de savoir si on doit étendre cette nullité automatique à la condamnation à une amende administrative. La réponse n'est pas certaine : d'une part, il ne faut pas oublier que l'autorité prononçant la sanction n'a pas le statut de magistrat, ce qui peut tendre à limiter la portée de sa décision¹²⁷⁰ ; d'autre part, si on retient que la condamnation à une sanction administrative vient protéger un ordre public économique renforcé, alors l'annulation du contrat en conséquence de l'amende civile serait assez cohérente.

En matière de pratiques restrictives de concurrence, la situation est assez particulière. Il est en effet accordé des facilités procédurales au ministre de l'Économie et au Ministère public¹²⁷¹ en vue d'agir devant la juridiction civile pour d'obtenir le prononcé de sanctions civiles, dont la nullité du contrat, ou plutôt des contrats¹²⁷². La victime doit simplement en être informée, comme le confirment plusieurs arrêts de 2008, dont un arrêt de la chambre commerciale de la

¹²⁶⁴ C. consom., art. L.454-1 : « La violation de l'interdiction prévue à l'article [L. 441-1](#) est punie d'une peine d'emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros. ». L'article L. 132-8 du Code de la consommation vient prévoir la possibilité de faire cesser les agissements illicites.

¹²⁶⁵ Sur cette question, v. not. : M.-E. Pancrazi, « Les différentes sanctions encourues », *Lamy Droit du contrat*, 2020, n°1364 et s. ; Y. Picod, *Répertoire droit civil*, Dalloz, 2019 (actualisation mars 2021), v° « Nullité ».

¹²⁶⁶ C. civ., art. 6 : « On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. »

¹²⁶⁷ Cass ; civ. 1^{re}, 7 oct. 1998, *RTD civ. 1999*, p.384, obs. J. Mestre. Il s'agissait en l'espèce d'une interdiction de recevoir paiement ou livraison pendant le délai de rétractation.

¹²⁶⁸ En matière de pratiques commerciales trompeuses, la sanction de nullité automatique se justifie par le fait qu'il existe un fait de violence dans les éléments constitutifs de l'infraction, qui va caractériser le vice de consentement. V. not. Y Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 5^e éd., 2021, p.128, n°161.

¹²⁶⁹ V. aussi : Cass. civ. 1^{re}, 7 déc. 2004, Bull. civ. I, n°303 ; D. 2005, AJ 75, obs. C. Rondey ; *RDC* 2005, p. 323, obs. D. Fenouillet ; *RTD civ.* 2005, p.389, obs. J. Mestre et B. Fages (à propos du non-respect des dispositions sur l'information des acheteurs d'objets d'ameublement).

¹²⁷⁰ Cf. *infra*, n°587 et s.

¹²⁷¹ L'action du ministre est prévue à l'article L. 442-4 du Code de commerce.

¹²⁷² L'action du ministre est également possible pour demander la cessation de l'illicite ou le constate de clauses illicites : sur la question, v. not : D. Mainguy, M. Depincé et M. Cayot, *Droit de la concurrence*, LexisNexis, 3^e éd., p.215 et s., n°203.

Cour de cassation qui affirme : « *que l'action du ministre chargé de l'économie, exercée en application des dispositions du premier de ces textes, qui tend à la cessation des pratiques qui y sont mentionnées, à la constatation de la nullité des clauses ou contrats illicites, à la répétition de l'indu et au prononcé d'une amende civile, est une action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs* »¹²⁷³. Même si les parties sont absentes et/ou ne sont pas en accord avec la volonté de suppression du contrat, le ministre de l'Économie peut néanmoins agir et demander la répétition de l'indu. La Cour de cassation considère qu'il est alors dans son rôle de substitution et qu'il mène ces actions pour préserver l'ordre public et l'intérêt général. Cette décision, assez discutable, a par la suite pourtant été confirmée par le Conseil constitutionnel dans une décision du 13 janvier 2011¹²⁷⁴, sous la seule réserve que les parties au contrat aient bien été informées de l'action¹²⁷⁵. Elle laisse apparaître le caractère péremptoire de l'action du ministre¹²⁷⁶. Si l'on peut comprendre l'état d'esprit qui anime cette solution, en vue de protéger et d'agir à la place de contractants qui n'oseraient jamais déclencher une action par peur de la perte de partenaires commerciaux, la mise en œuvre de cette action est assez malheureuse. Si cette solution ne conduit pas la sanction répressive à influencer directement sur la sanction civile, il importe de connaître les raisons qui peuvent entraîner la nullité du contrat en matière concurrentielle.

395. L'impact des sanctions répressives sur les clauses réputées non écrites et la cessation d'agissements illicites. Dans l'optique de défendre au mieux l'intérêt général et l'ordre public économique renforcé, le législateur a progressivement accordé de plus en plus de place à des entités qui vont notamment avoir pour rôle d'agir en justice dans l'intérêt collectif. Il s'agit d'une part des associations de défense des consommateurs et, d'autre part, du ministre de l'Économie et du Ministère public. Ces acteurs ont la possibilité d'engager des actions, en dehors de toute procédure engagée par ailleurs¹²⁷⁷, en vue de demander de faire cesser des

¹²⁷³ Cass. com., 8 juil. 2008, n°07-16-761 et 07-13.350 : *JCP E* 2009, I, 479, obs. D. Mainguy, ; *D.* 2008, p. 3046, note M. Bandra, *JCP E* 2008, 2143, note A. Ballot-Lena. Deux autres décisions vont dans le même sens : Cass. com., 16 déc. 2008, n°07-20.099 et 08-13.162 : *JCP E* 2009, I, 479, obs. D. Mainguy ; *Adde* : Cass. com., 5 mai 2009, n°08-15.264.

¹²⁷⁴ Cons. const., 13 janv. 2011, n°2010-85 QPC : *JCP E* 2011, p.1136, note D. Mainguy.

¹²⁷⁵ Cons. const., 13 mai 2011, n°2011-126 – Cass. ? com., 3 mars 2015, n°13-27.525 ; Cass. com., 3 mars 2015, N°14-10.907.

¹²⁷⁶ Ce dernier peut se faire représenter par un agent qualifié de la DGCCRF.

¹²⁷⁷ Ils peuvent aussi agir en intervention dans le cadre d'une procédure déjà ouverte par un contractant.

agissements illicites ou de demander de réputées non écrites des clauses abusives ou illicites¹²⁷⁸. Alors qu'aucune sanction répressive n'est encore prononcée, ces intervenants peuvent demander le prononcé d'une sanction civile. Par extension, il semblerait logique de prévoir une sorte de condamnation automatique à ces sanctions en cas de prononcé d'une sanction pénale ou administrative, d'autant plus que ces sanctions ont l'avantage de maintenir la relation contractuelle à des meilleures conditions pour les victimes.

396. L'impact sur la déchéance du droit aux intérêts. La sanction pénale va une nouvelle fois avoir un impact direct sur une sanction civile très intéressante, en ce qu'elle ne prive en rien le contractant mais lui permet d'exécuter le contrat dans des conditions préférentielles : la déchéance aux intérêts. En effet, l'article L.314-1 du Code de la consommation dispose qu'en cas de non-respect des prescriptions de l'article L. 312-18 sur les prescriptions de l'offre ou sur des obligations précontractuelles d'information de l'article L. 312-12, le prêteur sera déchu de son droit aux intérêts *ipso jure*, c'est-à-dire de plein droit. La déchéance du droit aux intérêts a donc lieu sans besoin de l'intervention d'un juge¹²⁷⁹. Cette sanction ne sera pas pour autant toujours automatique. L'article L. 341-2 prévoit d'ailleurs que dans d'autres situations, une évaluation par le juge civil sera nécessaire afin qu'il module la déchéance et réponde ainsi à une exigence de proportionnalité de la peine¹²⁸⁰.

397. Quid de la sanction des dommages et intérêts ? L'engagement de la responsabilité civile est prévu dans un certain nombre de dispositions du droit de la consommation et du Code de commerce¹²⁸¹. Il faut la démonstration d'un fait générateur, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre les deux. Or, dans le cas présent, le prononcé des sanctions répressives ne peut pas automatiquement démontrer l'existence de ces préjudices, ni les évaluer. Une étude au cas par cas s'impose. Il convient de ne pas automatiser le prononcé de dommages et intérêts après une condamnation à une sanction répressive. Néanmoins, si une victime du professionnel se

¹²⁷⁸ L'action en suppression des clauses abusives est prévue à l'article L. 621-8 al. 2 du Code de la consommation, tandis que l'action en cessation d'agissements illicites est prévue à l'article L.621-7 du même code. Pour plus de détails sur ces actions, cf. *infra*, n°433 et s.

¹²⁷⁹ C. consom., art. L. 341-1 : « Sans préjudice des dispositions particulières, toute personne physique qui s'est portée caution est informée par le créancier professionnel de la défaillance du débiteur principal dès le premier incident de paiement non régularisé dans le mois de l'exigibilité de ce paiement. Si le créancier ne se conforme pas à cette obligation, la caution ne saurait être tenue au paiement des pénalités ou intérêts de retards échus entre la date de ce premier incident et celle à laquelle elle en a été informée ».

¹²⁸⁰ V. not. Y Picod et N. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, p.445, n°551.

¹²⁸¹ Les victimes peuvent ainsi demander le versement de dommages et intérêts en cas de pratiques commerciales trompeuses, sur le fondement des articles 1240 et 1241 du Code civil.

présente pour obtenir réparation de son préjudice à la suite de la commission de l'infraction, pénale ou administrative, il devrait pouvoir bénéficier de facilités procédurales pour pouvoir faire établir l'existence de son préjudice, et la condamnation à des dommages et intérêts le cas échéant. Il pourrait s'agir d'une procédure accélérée, ouverte aux parties dans un certain temps imparti, à la suite de la publication de la décision ou de l'information communiquée par le condamné à ses contractants. Sans avoir un effet automatique, les victimes pourraient tout de même bénéficier de la condamnation à une sanction répressive pour voir leurs droits préservés.

398. Conclusion de chapitre. Le prononcé de sanctions répressives ne peut pas rester sans conséquences et des effets en matière civile doivent en découler. Toutefois, il ne faut pas que ça aille à l'encontre des contractants, particulièrement ceux qui n'auraient pas pu agir. Toujours dans une volonté de défense des contractants, il convient de distinguer la réponse à donner selon le type de sanctions civiles. D'un côté, en présence de sanctions telles que la cessation des agissements illicites, la déchéance du droit aux intérêts ou encore la sanction du réputé non écrit¹²⁸², une automaticité dans le prononcé de ces sanctions paraît justifiée, et ce pour tous les contrats en cours, que les victimes aient agi en justice ou non, avec obligation pour la personne condamnée d'informer les contractants concernés. Si cela peut apparaître contraire à la relativité de l'autorité de la chose jugée, le pas a déjà été largement franchi depuis plusieurs années en permettant aux associations de défense des consommateurs ou au ministre de l'Économie et au représentant du Ministère public d'agir en cessation des agissements illicites. Cela reviendrait donc à un prolongement de la logique déjà en place : si l'ordre public économique renforcé est atteint et impose une condamnation à une sanction répressive, elle impose *de facto* une protection du contrat, et plus spécifiquement du contractant victime, en corrigeant par le biais de la sanction civile les défauts qui le constituent. D'un autre côté, le prononcé de la nullité du contrat doit être temporisé et ne doit pas intervenir de manière automatique. Elle devra s'imposer lorsque le maintien du contrat présentera un réel danger pour le contractant. Dans le cas contraire, il serait utile de laisser l'opportunité à la victime de décider si elle souhaite ou non le maintien de la relation contractuelle en l'état.

¹²⁸² Le prononcé de la nullité de la clause peut être intégré également ici, si cela n'influe pas sur l'existence du contrat.

Conclusion de titre. La recherche d'éléments rationnels pour justifier le recours à la sanction pénale plutôt qu'à la sanction administrative peine à convaincre en droit économique contractuel. Si l'on a pu déterminer la protection d'un ordre public économique renforcé, une sous-dichotomie en la matière s'avère hasardeuse, le droit positif ne se fondant pas sur une logique cohérente en la matière mais plutôt sur la recherche de l'efficacité. Partant, l'établissement d'une hiérarchie entre ces sanctions bute sur le même constat de manque de cohérence : tant le *quantum* des peines que les intérêts protégés ne peuvent servir de point d'ancrage pour une échelle des sanctions en droit économique contractuel. L'idée de faute intentionnelle pourrait satisfaire, mais en pratique, la gravité des fautes intentionnelle en la matière est tellement variable que cette hypothèse doit succomber. Finalement, s'il faut identifier le choix du recours à telle ou telle sanction répressive, le critère procédural pourrait bien être le bon. En effet, l'administration dispose de plus de souplesse dans la recherche d'informations, les enquêtes, et a cet avantage indéniable d'être spécialisée dans le domaine. Les lacunes procédurales des actions existantes sont souvent justificatives du recours aux sanctions d'autres natures. Après être passées des sanctions civiles aux sanctions pénales, on assiste depuis plusieurs années à un transfert partiel du pénal à l'administratif. Dès lors, il est pertinent de réfléchir à repenser la procédure pour aboutir à une sanction plus effective.

TITRE 2. REPENSER LA PROCEDURE POUR UNE SANCTION PLUS EFFECTIVE

399. Présentation. Le recours à la sanction non civile s'explique par plusieurs aspects. Si l'attrait des sanctions administratives et pénales a pu être souligné, tout comme les faiblesses des différentes sanctions civiles, ce ne sont pas les seuls éléments à prendre en considération. En effet, outre le droit substantiel, les questions procédurales expliquent également la faveur du législateur pour les sanctions non civiles. Les avantages et désavantages de chaque discipline se conjuguent avec ceux de leurs éléments de procédure. Il ne suffit pas d'avoir des règles de jeu optimales, encore faut-il que le jeu se déroule dans des conditions permettant à tous les joueurs de concourir de manière équitable et d'avoir une chance de parvenir jusqu'au but, ici l'aboutissement de la sanction). La procédure doit venir au soutien des règles de droit substantiel ; or, les règles procédurales actuelles sont souvent inadaptées et empêchent par conséquent les règles de fond de s'exprimer pleinement.

Les meilleures règles de droit substantiel ne pourront jamais trouver une bonne application en l'absence de règles procédurales adéquates. Si l'on poursuit une métaphore culinaire, on aura beau avoir les meilleurs ingrédients existants, si l'on ne dispose pas de la bonne recette et des bons ustensiles au bon moment, le plat ne pourra jamais être réussi. « *L'efficacité d'une sanction n'est pas liée à son quantum, mais à sa certitude* » pour BECCARIA¹²⁸³. Or, la certitude de la sanction ne peut passer que par l'efficacité de la procédure. C'est cela qui conduira à disposer d'un système législatif cohérent pour pleine efficacité des sanctions

La pratique a démontré que nombre de particularités procédurales civiles et non civiles ont conduit à réduire l'effectivité de la sanction. Les déficiences procédurales constituent ainsi un réel frein à l'optimisation de la sanction (Chapitre 1). C'est pourquoi il apparaît indispensable de voir une évolution procédurale, qui aura pour objectif de redonner sa pleine effectivité à la sanction en matière de droit économique contractuel (Chapitre 2).

¹²⁸³ L'idée de Beccaria est ici exprimée par Madame Corinne Mascala : C. Mascala, « La recherche de l'efficacité du droit pénal des affaires », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, p.112.

Chapitre 1. Les déficiences procédurales, freins à l'optimisation de la sanction

400. Présentation. Les difficultés procédurales en droit civil ont souvent été mises en exergue pour justifier le recours à d'autres alternatives¹²⁸⁴. Partant, le législateur a en effet dû faire face aux nombreux blocages qui limitent l'accès effectif à la justice civile contractuelle. Conscient de ces lacunes, il a donc tenté la mise en place de procédures collectives, qui se sont révélées plus ou moins fructueuses, et insuffisantes à garantir la sanction. Ces échecs expliquent pour partie le choix du recours à la sanction non civile. On a estimé plus abordables les procédures répressives – pénales d'abord, administratives par la suite – afin de parvenir à une justice effective et à l'exécution de la règle de droit posée. Toutefois, les procédures non civiles ne sont pas non plus exemptes de difficultés. La pratique révèle leurs propres limites, ce qui fait une nouvelle fois relativiser l'effectivité de la sanction, puisque l'insuffisance des procédures répressives empêche la garantie d'une protection optimale des opérateurs économiques. Si les procédures civiles sont insuffisantes à garantir la sanction (Section 1), les procédures répressives peinent également à garantir une protection optimale (Section 2).

Section 1. Les procédures civiles, insuffisantes à garantir la sanction

401. Une procédure efficace, outil indispensable à l'obtention d'une juste sanction. L'efficacité et l'effectivité de la sanction ne peuvent se distinguer de la procédure mise en œuvre pour parvenir à cette sanction. En effet, sans procédure effective, la sanction, pour utile qu'elle soit, sera vouée à ne jamais être prononcée et mise en œuvre, perdant ainsi tout son intérêt. Ainsi que le rappelle Monsieur Yves STRICKLER, « *un droit qui n'est pas effectif est un droit inexistant* »¹²⁸⁵. Dès lors, il est impératif que le contractant s'estimant lésé au sein d'une relation contractuelle dispose de réels moyens d'accès à la justice. Il a souvent pu être reproché à la

¹²⁸⁴ V. not. : J.-M. Coulon, *La dépenalisation de la vie des affaires*, ministère de la Justice, La Documentation française, 2008.

¹²⁸⁵ Y. Strickler et A. Varnek, *Procédure civile*, Bruylant, Coll. « Paradigme », 11^e édition, 2021, p. 9.

justice de laisser les contractants démunis face à la montagne judiciaire qui se dressait devant eux¹²⁸⁶. Dans les faits, l'égalité théorique devant la loi ne se traduit pas par une égalité pratique devant l'accès à la justice. À l'image d'un David contre Goliath, et plus sûrement du pot de TERRÉ contre le pot de fer, la bataille judiciaire entre les contractants se révèle très souvent déséquilibrée, spécialement lorsque les parties n'ont pas le même poids économique.

En matière civile, l'âpreté des recours individuels freine les différents recours (I). La mise en lumière de ces lacunes a conduit le législateur à introduire des actions collectives pour permettre des recours effectifs aux contractants. Toutefois, la timidité des recours collectifs déçoit et explique pour partie la préférence pour la voie non civile (II).

I. L'âpreté du recours individuel

402. Présentation. Selon l'expression consacrée, « *le procès est la chose des parties* »¹²⁸⁷. Or, cette maxime, si elle peut s'expliquer par les règles procédurales applicables¹²⁸⁸, n'en reste pas moins une chimère pour beaucoup de contractants désirant ester en justice pour faire valoir leurs droits. L'accès à la justice apparaît ainsi très compliqué pour le justiciable, sinon illusoire, et sa situation de contractant ne facilite pas toujours son choix. Dans l'ensemble, les règles d'action individuelle en justice sont identiques, qu'il s'agisse du droit commun ou de domaines spécifiques comme le droit de la consommation. Seules quelques spécificités, qui seront évoquées au gré des propos, facilitent le droit d'accès à la justice des consommateurs. Sans prétendre à l'exhaustivité en matière procédurale, il convient de soulever les principales difficultés auxquelles les demandeurs sont confrontés en droit interne¹²⁸⁹. Il est à noter qu'en

¹²⁸⁶ V. not. D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 2020, p.85 et s.

¹²⁸⁷ V. not. : L. Flise et E. Jeuland, *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des 5èmes rencontres de procédure civile*, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 65, 2015.

¹²⁸⁸ Le rôle des parties se manifeste de façon permanente au cours de l'instance : de l'introduction de l'instance dont elles sont à l'origine à la communication des pièces, la recherche des preuves, la présentation des prétentions : sans parties, point de procédure !

¹²⁸⁹ Des règles spécifiques s'appliquent aux litiges transfrontaliers. Les règles sont alors différentes selon qu'il s'agisse de litiges intracommunautaires, c'est-à-dire au sein des pays membres de l'Union européenne ou de litiges hors Union européenne. Dans le premier cas, des règlements (dont le Règlement n°2017/2394 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2017 sur la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs) et des conventions particulières prévoient des règles de procédure harmonisées en vue de favoriser « la coopération entre les autorités nationales qui sont chargées de veiller à l'application de la législation transfrontalière en matière de protection des consommateurs », comme le souligne Monsieur Guy RAYMOND (G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^e éd, 2019, n°193, p. 126). L'assurance mutuelle entre les différentes autorités doit prédominer. Dans le cadre d'un litige hors de l'Union européenne, ce sont les règles de conflits de lois de droit commun qui viendront

droit de la consommation, ces remarques s'appliquent surtout au consommateur demandeur et au professionnel défendeur car, d'une part, nombre des règles imposées au sein du Code de la consommation s'imposent au professionnel et non au consommateur et, d'autre part, la puissance économique du professionnel induit une position de « faiblesse » du consommateur face à une éventuelle action en justice¹²⁹⁰. Les limites psychologiques et financières au déclenchement d'une action individuelle constituent des freins avérés aux actions des victimes (A). En outre, la lourdeur procédurale d'une action individuelle, crainte et/ou avérée, se dresse également comme rempart à l'accès à la justice et, *in fine*, au prononcé de la sanction (B).

A. Les limites psychologiques et financières au déclenchement d'une action individuelle.

403. Présentation. Entre le désir d'agir en justice, de passer à l'acte, de faire valoir ses droits devant une juridiction en vue de l'obtention d'une sanction contre son contractant et le passage à l'acte, de nombreuses barrières sont à abattre. En poussant la métaphore volontairement loin, le contractant souhaitant ester en justice est comme un potentiel délinquant s'appêtant à commettre une infraction : entre la volonté d'agir et la commission réelle de l'infraction, des barrières psychologiques doivent être franchies : pour le délinquant, il faut s'affranchir du respect de la loi, de l'atteinte à la personne ou aux biens. Quant au justiciable hésitant à agir en justice, il doit non seulement faire face à des hésitations psychologiques (1) mais également se

à s'appliquer en l'absence de toute convention spécifique avec le pays. Dans l'hypothèse de l'existence d'une convention conclue entre la France et l'autre pays sur les questions de procédure, il conviendra d'appliquer les règles édictées au sein de cette convention. V. not. : G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^e éd, 2019, n°191 et s., p. 125 et s. ; D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2020, p.85 et s.

¹²⁹⁰ Il faut néanmoins relativiser cette toute puissance du professionnel par rapport au consommateur. Si ce schéma s'applique parfaitement lorsque le professionnel est un grand groupe économique ou qu'il possède un certain monopole dans un secteur d'activité donné, il est beaucoup moins avéré lorsque le professionnel n'est qu'une PME ou même un entrepreneur individuel. En outre, il ne faut pas oublier que ce sont parfois les professionnels qui se retrouvent face à une inexécution contractuelle ou une violation des obligations légales de la part des consommateurs. Cependant, les règles spécifiques de procédure s'inscrivent plus dans une visée protectrice du consommateur, contractant « faible » du contrat. Nous choisissons également d'opter pour ce point de vue, sans omettre l'existence des autres litiges et de procédures spécifiques, à l'image de celle du surendettement.

libérer des barrières pécuniaires, le coût financier constituant un frein majeur à l'action individuelle (2).

1. Les hésitations psychologiques

404. Un environnement inconnu et impressionnant. Dans une société réputée toujours plus procédurière, il s'avère que le déclenchement d'une action civile n'est pas si commun qu'il n'y paraît. Autant la menace d'agir devant les tribunaux est présente, autant la mise en œuvre réelle du mécanisme judiciaire est loin d'être automatique. Comment expliquer alors ce décalage ? En premier lieu, ces procédures ne sont pas familières aux contractants qui souhaiteraient pourtant revendiquer leurs droits devant la justice, ce qui crée une première limite psychologique. Entre les particularités linguistiques, les complexités procédurales, la solennité de l'acte ou encore le *décorum* d'un palais de Justice¹²⁹¹ souvent austère, il est tôt fait de perdre le profane qui oserait s'aventurer au cœur de l'institution judiciaire. Il faut toutefois mentionner que, notamment grâce au droit de l'Union Européenne qui est très favorable au règlement extra-judiciaire des litiges¹²⁹², le droit français s'est doté de règles qui imposent, en droit de la consommation, au professionnel de fournir une information précontractuelle sur les procédures extra-judiciaires de règlement des litiges, notamment sur le recours à la médiation¹²⁹³. Cependant, il ne s'agit que d'informations relatives à la possibilité d'un règlement extra-judiciaire¹²⁹⁴ et non sur les modalités de l'action individuelle¹²⁹⁵.

René CASSIN disait qu'il « *faut que l'accès du prétoire soit relativement aisé pour les justiciables... C'est là une condition d'une bonne justice* »¹²⁹⁶. Il s'agit en effet d'un impératif, puisque sans accès à la justice, point de sanction prononcée. Or, les craintes exprimées précédemment conduisent le justiciable à ne pas se tourner naturellement vers la justice civile. Ce dernier se retrouve souvent démun

¹²⁹¹ J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, n°594, p. 637 et s.-s.

¹²⁹² Directive 2011/83 UE relative aux droits des consommateurs.

¹²⁹³ C. consom., art. L.211-3.

¹²⁹⁴ Il ne peut en aucun cas s'agir d'une obligation de procéder à une médiation. La clause le prévoyant est interdite serait considérée comme réputée non-écrite : C. consom., art. L. 612-4.

¹²⁹⁵ Sur la place de la médiation en droit de la consommation et son implication au regard de la sanction, v. not. J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, p. 644 e s., °602 et s.

¹²⁹⁶ R. Cassin, *Dualité de juridictions, la justice*, PUF, p.720, in R. Degni-Segui, « L'accès à la justice et ses obstacles », *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol 28, n°4, 1995, pp. 449-467.

face à l'institution judiciaire et se crée des barrières limitantes l'empêchant de défendre sa cause devant un juge civil, ce qui évite toute sanction pour le contractant fautif.

405. Un risque pour la pérennité d'une relation contractuelle établie. En deuxième lieu, selon les situations contractuelles en question, des difficultés particulières apparaissent. D'une part, le fait d'attaquer en justice un partenaire économique de longue date peut conduire à consommer la rupture des relations commerciales de façon définitive, et ainsi se priver d'un cocontractant privilégié pour l'avenir¹²⁹⁷. D'autre part, le contractant peut se trouver dans une situation déséquilibrée face à son cocontractant : qu'il s'agisse d'un consommateur face à un professionnel, d'un fournisseur face à un distributeur ou encore d'un contractant *lambda* face à une entreprise se trouvant en situation de monopole sur un marché donné ou d'un poids financier conséquent¹²⁹⁸, ce sont autant de situations dans lesquelles l'action individuelle en justice apparaîtra plus comme relever de la situation du pot de TERRÉ contre le pot de fer. De fait, le contractant s'estimant lésé n'osera pas forcément agir en justice pour faire valoir ses droits, afin de préserver une relation économique avec son contractant, faussée et illégale certes, mais qui aura le mérite d'exister.

406. Une justice réputée, à propos, lente. Enfin, en troisième lieu, la lenteur de la Justice, qui fait figure de critique récurrente et rémanente¹²⁹⁹, tant elle est décriée et soulignée, ne favorise pas non plus les actions individuelles. Cela contribue en effet à freiner les contractants dans leur volonté d'ester en justice, la perspective d'une sanction hypothétique dans un délai très incertain n'encourageant pas leurs velléités procédurières. S'il ne s'agit pas d'une particularité proprement hexagonale¹³⁰⁰, elle est particulièrement avérée en droit interne. Il est pourtant indispensable que

¹²⁹⁷ V. not. sur cette question : P.-A. Cals, « Donner sa chance au règlement amiable et à la négociation », *calsavocat.fr*, 2015.

¹²⁹⁸ Les fournisseurs d'énergie et les opérateurs téléphonique sont particulièrement concernés ici. L'autorité de la Concurrence a d'ailleurs déjà condamné les ententes pouvant exister entre eux en vue de pénaliser le consommateur. Le Conseil de la concurrence avait ainsi condamné dans une décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 les trois principaux opérateurs économiques (Orange, Bouygues Télécom et SFR au paiement d'amendes pour un montant total de 534 millions d'Euros : <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/1er-decembre-2005-entente-sur-le-marche-de-la-telephonie-mobilé>).

¹²⁹⁹ L'Etat français a été à de nombreuses reprises poursuivi devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le moyen tiré de la violation du délai raisonnable. Il s'agit même, pour Madame Natalie Fricero, d'un des griefs les plus fréquemment mis en œuvre (N. Fricero (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, coll. Dalloz Action, 10^e éd., 2021, n°312-201). La France, malgré quelques condamnations sur la question, conserve un taux de condamnation assez faible car elle préfère transiger avec ses justiciables avant l'aboutissement du procès, afin d'éviter une condamnation inéluctable de la juridiction européenne (Conv. EDH, art. 39 – Règl. CEDH, art. 62).

¹³⁰⁰ Bien d'autres pays font l'objet de critiques à cet égard, notamment l'Italie. V. not. sur cette question : CEDH, gr. Ch., 29 mars 2006, Scordino c/ Italie, req. N°36813/97 ; D. 2004 2540, obs. N. Fricero ; Fr. Ferrand, *Répertoire de procédure civile*, v° « Appel – Droit européen et comparé », 2021.

la justice soit rendue dans un délai raisonnable afin qu'elle reste « *équitable, [...] crédible, [...] efficace sur un plan humain comme sur un plan économique* »¹³⁰¹, au risque pour le jugement de perdre « tout intérêt pour le justiciable », comme le souligne Madame Natalie FRICERO. Elle rappelle ainsi l'adage anglais : « *justice delayed, justice denied* », qu'il est possible de traduire comme suit : « *justice retardée, justice déniée* ». Ces délais créent indéniablement une nouvelle contrainte pour les justiciables qui ne se voient pas s'engager dans une longue lutte judiciaire pour des résultats hypothétiques et souvent modestes au regard du préjudice subi.

407. Transition. Toutes ces raisons permettent de comprendre les réticences psychologiques auxquelles les contractants font face lorsqu'ils se trouvent face à la décision d'agir en justice ou non afin d'obtenir une sanction dans le cadre d'un manquement contractuel. Face à tous ces obstacles qui se dressent devant eux, et à l'instar des contractants effectuant un calcul coût/avantages dans l'éventualité de commettre ou non l'infraction, les victimes de comportements malhonnêtes estiment également les avantages et les limites à ester en justice contre leurs cocontractants. Ce calcul s'effectue en outre au regard du coût financier d'une action civile individuelle, qui peut s'avérer plus lourd que le fait de subir un manquement contractuel par son cocontractant.

2. Le coût financier, frein majeur à l'action individuelle.

408. L'aspect financier, déterminant de l'action individuelle. « Mais pour plaider, il vous faudra de l'argent » affirmait Scapin à Argante, poursuivant ainsi : « *[I]l vous en faudra pour l'exploit. Il vous en faudra pour le contrôle. Il vous en faudra pour la procuration, pour la présentation, conseils, productions et journées du procureur. Il vous en faudra aussi pour les consultations et plaidoiries des avocats, pour le droit de retirer le sac et pour les grosses écritures. Il vous en faudra pour le rapport des substituts, pour les épices de conclusion, pour l'enregistrement du greffier, façon d'appointement, sentences et arrêts, contrôles, signatures et expéditions de leurs clerks [...]* »¹³⁰². Si les propos de ce personnage, bien connu pour sa fourberie¹³⁰³

¹³⁰¹ N. Fricero, *Dalloz action, Droit et pratique de la procédure civile*, op. cit., n°312-201.

¹³⁰² Molière, *Les fourberies de Scapin*, Acte II, scène 5, Gallimard, Folio, n°3231, coll. « Classique, Les petits Molière », 2013 (1671).

¹³⁰³ Il faut également préciser que le récit porté par Molière prend place sous l'Ancien Régime, période où les juges étaient « directement rémunérés par les plaideurs : celui qui avait gagné son procès faisait présent à son juge d'une somme d'argent plus ou moins importante que l'on appelait des "épices" », ainsi que l'expose Madame Soraya Amrani MEKKI et Monsieur Yves STRICKLER : S. Amrani Mekki, Y. Strickler, *Procédure civile*, PUF, 1^{re} éd., 2014, p.93, n°49.

se voulaient volontairement alarmants afin de dissuader son interlocuteur d'agir en justice¹³⁰⁴, il n'en reste pas moins que le coût d'un procès inquiète quiconque s'y retrouve confronté¹³⁰⁵.

409. Un coût de l'action individuelle élevé. Au-delà de la barrière psychologique, l'aspect financier d'une action individuelle en Justice constitue un véritable frein à l'agir. Monsieur Pierre-Antoine CALS, avocat, l'exprime clairement : « *un procès constitue une réelle épreuve pour les parties. Il coûte cher, traîne souvent en longueur et reste toujours aléatoire* »¹³⁰⁶. Pourtant, cela semble contradictoire avec le principe de la gratuité de la justice, symbolisé par la Loi n°77-1468 du 30 décembre 1977, l'ayant acté devant les juridictions civiles et administratives¹³⁰⁷, puis qui fut affirmé à l'article L. 111-2 du Code de l'organisation judiciaire¹³⁰⁸. Cependant, ainsi que le précise l'alinéa 2 de ce même article, cette « *gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement* ». De fait, cela en constitue bien un premier tempérament. Monsieur Serge GUINCHARD, Mesdames Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND le constatent également en affirmant qu'« *agir en justice n'est pas totalement gratuit pour le justiciable car les difficultés budgétaires de l'Etat [...] ne permettent pas de rendre l'accès au juge totalement exonéré de frais et de dépens* »¹³⁰⁹. Ainsi, les dépens, dont la liste exhaustive est énoncée à l'article 695 du Code de procédure civile¹³¹⁰, prennent la forme entre autres de taxes, droits, émoluments, rémunérations des techniciens et indemnités des témoins, rémunération des avocats ou encore de frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger. La particularité de ces dépens est qu'ils incombent normalement au perdant du procès. Par conséquent, le contractant victime pourra obtenir lors du prononcé du jugement le

¹³⁰⁴ Et ainsi profiter de l'innocence, voire l'ignorance, de ce pauvre Argante en lui conseillant un arrangement à l'amiable assez douteux.

¹³⁰⁵ Qu'il soit d'ailleurs demandeur à l'action ou défendeur.

¹³⁰⁶ P.-A. Cals, « Donner sa chance au règlement amiable et à la négociation », *op. cit.*

¹³⁰⁷ Cf. Décret d'application n°78-62 du 20 janvier 1978 : F. Godé, *RTD civ.*, 1978, p.450.

¹³⁰⁸ COJ, art. L.111-2 : « *Le service public de la justice concourt à l'accès au droit et assure un égal accès à la justice.*

Sa gratuité est assurée selon les modalités fixées par la loi et le règlement ».

¹³⁰⁹ C. Chainais, Fr. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile. Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, coll. Précis 35^e éd., 2020, p.212, n°245.

¹³¹⁰ C. proc. Civ., art. 6695 : « *Les dépens afférents aux instances, actes et procédures d'exécution comprennent : 1° Les droits, taxes, redevances ou émoluments perçus par les greffes des juridictions ou l'administration des impôts à l'exception des droits, taxes et pénalités éventuellement dus sur les actes et titres produits à l'appui des prétentions des parties ; 2° Les frais de traduction des actes lorsque celle-ci est rendue nécessaire par la loi ou par un engagement international ; 3° Les indemnités des témoins ; 4° La rémunération des techniciens ; 5° Les débours tarifés ; 6° Les émoluments des officiers publics ou ministériels ; 7° La rémunération des avocats dans la mesure où elle est réglementée y compris les droits de plaidoirie ;*

8° Les frais occasionnés par la notification d'un acte à l'étranger ; 9° Les frais d'interprétariat et de traduction rendus nécessaires par les mesures d'instruction effectuées à l'étranger à la demande des juridictions dans le cadre du règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001 relatif à la coopération entre les juridictions des Etats membres dans le domaine de l'obtention des preuves en matière civile et commerciale ; 10° Les enquêtes sociales ordonnées en application des articles 1072, 1171 et 1221 ; 11° La rémunération de la personne désignée par le juge pour entendre le mineur, en application de l'article 388-1 du code civil ; 12° Les rémunérations et frais afférents aux mesures, enquêtes et examens requis en application des dispositions de l'article 1210-8. »

remboursement des frais engagés¹³¹¹. Encore faut-il qu'il gagne le procès !¹³¹² En outre, il devra en tout état de cause faire l'avance de ces frais, ce qui peut constituer une entrave supplémentaire au déclenchement de l'action par un contractant, et donc d'obtenir une sanction à l'encontre de son cocontractant qui n'a pas respecté ses obligations légales ou contractuelles.

410. Le coût de la recherche de la preuve. Il reste au demeurant la question de la preuve. Contrairement au droit pénal, le droit de la preuve impose au demandeur de prouver le fait qu'il invoque : c'est l'article 1353 du Code civil¹³¹³. Les frais liés à la recherche et à l'établissement de la preuve incombent donc à celui qui veut l'établir, augmentant une nouvelle fois le coût d'un procès individuel¹³¹⁴ et conduisant le justiciable à agir avec prudence et privilégier une absence de procès plutôt qu'une action en justice qui pourrait s'avérer bien plus coûteuse que le résultat escompté et/ou le préjudice réel de la violation contractuelle.

411. Un coût important pour des préjudices souvent faibles. Les manquements aux obligations contractuelles et légales peuvent entraîner des conséquences très diverses, principalement au regard des dommages causés. Le préjudice subi par une victime peut très bien aller de quelques euros à des centaines de milliers d'euros, selon les violations contractuelles endurées, les montants financiers en jeu et la nature des dommages. Toutefois, assez régulièrement, et particulièrement en droit de la consommation, les dommages supportés sont assez contenus, entraînant des préjudices assez faibles¹³¹⁵. Cette difficulté est soulevée depuis de nombreuses années par la doctrine, Monsieur Jean CALAIS-AULOY le soulignant déjà en 1985¹³¹⁶.

412. Transition. Entre des indemnités peu élevées en jeu et la lourdeur financière d'un procès, les contractants victimes ont tôt fait d'abandonner, avant même de l'avoir débuté, une

¹³¹¹ Cour de cassation, *Bulletin d'information* n°610 du 15/12/2004 : https://www.courdecassation.fr/publi_610_1869.

¹³¹² Il peut arriver néanmoins que le juge choisisse de ne pas imputer au perdant les dépens, ou du moins pas dans leur totalité (CPC, art. 696). Il doit dans ce cas motiver sa décision.

¹³¹³ C. civ. Art. 1353 : « *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. »

¹³¹⁴ Sur les difficultés probatoires, v. *infra* n°419 et s.

¹³¹⁵ Cf J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3^e éd., 2019, p. 681 n°458 s, s.

¹³¹⁶ J. Calais-Auloy, note sous arrêt Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 : *JCP* 1985, II, 20484.

procédure individuelle en défense de leurs droits. À ces difficultés s'ajoutent encore celles liées à la lourdeur procédurale.

B. La lourdeur procédurale d'une action individuelle.

413. Un caractère formaliste de la procédure civile redouté. Le sentiment de difficulté d'accès à la justice n'est pas simplement ressenti par les justiciables. Les plus éminents spécialistes de la discipline, à commencer par Monsieur Serge GUINCHARD, constatent que « *tout se passe en effet comme si les réformes réglementaires et les revirements de jurisprudence de la Cour de cassation n'avaient pour seul objectif, ces dernières années, que de dresser des obstacles de plus en plus nombreux sur la route procédurale des justiciables, pour les décourager et, à défaut, pour les débouter* »¹³¹⁷. Ce constat est loin d'être des plus encourageants. D'ailleurs, à sa suite, Monsieur Yves STRICKLER ajoute que la procédure civile est une matière technique et difficile, qui « *traîne derrière elle une mauvaise réputation* »¹³¹⁸. Partant, il est impératif à tout justiciable d'obéir aux règles du procès civil, qui permettent de garantir les libertés et droits fondamentaux¹³¹⁹, en respectant les exigences de délais notamment. Malgré tous ces défauts constatés au fil du temps, il faut tout de même reconnaître à cette discipline une volonté de se moderniser et de se tourner vers une « *dimension plus humaine* »¹³²⁰. Le but n'est pas de revenir sur toutes les étapes procédurales dans les lignes qui vont suivre, ce n'est pas le propos. Il s'agit, à travers quelques exemples, de montrer les difficultés du recours individuel, qu'il s'agisse des problèmes liés à la compétence, à l'introduction de l'instance de l'action ou à la lourdeur probatoire.

1. Les obstacles à l'introduction de l'instance

414. La compétence matérielle et territoriale. En vue d'obtenir satisfaction en Justice et voir condamné son cocontractant à une sanction civile, il est bien évidemment indispensable d'agir devant une juridiction, mais encore faut-il savoir laquelle... Relativement à la compétence matérielle, lorsqu'est recherchée une sanction civile, le droit commun veut que les juridictions

¹³¹⁷ S. Guinchard, F. Ferrand, Henri Gerphagnon et alii., *Droit et pratique de la procédure civile 2021/2022*, Dalloz, Dalloz Action, 10^e édition, 2021, p. XXVI, n°001.12.

¹³¹⁸ Y. Strickler, A. Varnek, *Procédure civile*, Bruylant, coll. « Paradigme », 11^e éd., 2021, p.9.

¹³¹⁹ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure Civile, op. cit.*, p.15, n°47.

¹³²⁰ V. notamment sur cette dimension plus humaine de la procédure civile : J.-Cl. Magendie, « Loyauté, dialogue, célérité. Trois principes à inscrire en lettre d'or aux frontons des palais de Justice », in *Justice et Droit du Procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel. Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Dalloz, 2010, p. 329 et s.

civiles soient sollicitées¹³²¹, à savoir le tribunal judiciaire ou le tribunal de proximité¹³²², selon le montant du litige, fixé à 10 000 €¹³²³. Lorsque le litige concerne un domaine spécifique, des juridictions spéciales peuvent être sollicitées, à l'image du tribunal de commerce, quand cela concerne deux professionnels. Le droit de la consommation présente une nouvelle particularité ici, puisqu'un droit d'option est offert au consommateur¹³²⁴ : il peut, à son choix, choisir d'agir devant la juridiction civile ou devant le tribunal de commerce¹³²⁵. Cela entraînera des conséquences sur le déroulé de l'action, notamment quant à l'obligation ou non d'être assisté d'un avocat. En outre, la réforme conduisant à une nouvelle organisation judiciaire, issue de la Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹³²⁶, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020, entraîne la création d'un juge des contentieux de la protection, compétent dans certains domaines du droit de la consommation (crédit à la consommation¹³²⁷ et de surendettement¹³²⁸). Quant à la compétence *rationae loci*, les difficultés pouvant résulter du principe de la saisine de la juridiction du domicile du défendeur sont tempérées par des exceptions prévues. Parmi elles, on retrouve à l'article 46 du Code de procédure civile¹³²⁹ la possibilité en matière contractuelle de saisir la juridiction du lieu de livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service. Le droit de la consommation offre également la possibilité de saisir le tribunal du domicile du consommateur¹³³⁰. Ces exceptions tendent à faciliter l'accès à la justice pour les contractants et les consommateurs en particulier, mais cela reste malheureusement assez limité, d'autres facteurs procéduraux viennent en effet

¹³²¹ Un tempérament peut être fait à l'égard de l'action civile réalisée devant les juridictions pénales, lorsque la victime d'une infraction pénale a la possibilité de prétendre également à la réparation de son préjudice d'un point de vue civil : CPP, art. 2. Sur cette action, v. notamment : L. Raschel, « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *Resp. civ. et assur.* 2013, dossier 24 ; D. Rebut, « Justice pénale et justice civile. Evolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs*, n°128 - La pénalisation - janvier 2009 - p.49-59.

¹³²² Ces nouvelles dénominations font suite à la réforme entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2020, supprimant le tribunal de grande instance et le tribunal d'instance.

¹³²³ V. Décret n°2019-914 du 30 août 2019.

¹³²⁴ Le tribunal judiciaire connaît par exception de certains litiges de manière exclusive, quel que soit le montant du litige en cause. Ainsi en est-il des affaires liées au crédit à la consommation et aux baux ruraux.

¹³²⁵ Il est très rare que le consommateur opte pour le tribunal de commerce, il n'y a de fait pas intérêt, au regard de la composition de cette juridiction, basée sur l'échevinage.

¹³²⁶ L. n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹³²⁷ COJ, art. L.213-4-5.

¹³²⁸ COJ, art. L. 213-4-5.

¹³²⁹ C. proc. Civ., art. 46 : « *Le demandeur peut saisir à son choix, outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur :*
- *en matière contractuelle, la juridiction du lieu de la livraison effective de la chose ou du lieu de l'exécution de la prestation de service ;*
- *en matière délictuelle, la juridiction du lieu du fait dommageable ou celle dans le ressort de laquelle le dommage a été subi ;*
- *en matière mixte, la juridiction du lieu où est situé l'immeuble ;*
- *en matière d'aliments ou de contribution aux charges du mariage, la juridiction du lieu où demeure le créancier. »*

¹³³⁰ C. consom., art. 631-3 : « *Le consommateur peut saisir, soit l'une des juridictions territorialement compétentes en vertu du code de procédure civile, soit la juridiction du lieu où il demeurait au moment de la conclusion du contrat ou de la survenance du fait dommageable. »*

freiner l'action des parties devant les juridictions. Il doit être précisé que certaines procédures simplifiées existent pour favoriser les recours des justiciables, comme l'injonction de faire, prévue aux articles 1425-1 à 1425-9 et étendue aux litiges de consommation¹³³¹, mais également la déclaration au greffe, appelée également saisine par requête, qui constitue une facilité d'action pour les petits litiges n'excédant pas 5 000 euros¹³³², laquelle est majoritairement utilisée en matière consumériste¹³³³. Encore faut-il que les justiciables s'en saisissent.

415. La place de la conciliation et de la médiation. La place des modes alternatifs de règlement des conflits ne cesse de s'accroître ces dernières années au sein de la législation française. Preuve en est la loi sur la Modernisation de la Justice du 21^e siècle du 18 novembre 2016, également appelée « *Loi J21* »¹³³⁴, au sein de laquelle a été établie une conciliation gratuite préalable systématiquement tentée pour les litiges inférieurs à 5 000€¹³³⁵. Cette règle vient compléter un décret de 2015 affirmant qu'il est impératif de préciser les diligences entreprises pour parvenir à la résolution amiable du litige¹³³⁶, et confirmer une volonté européenne de favoriser les règlements alternatifs des litiges¹³³⁷. Bien que cette exigence s'explique tant par la volonté d'éviter une trop grande judiciarisation des conflits que par le souhait de fluidifier la gestion des flux au sein des tribunaux, elle présente quelques inconvénients. D'une part, cette obligation tend à accroître le temps du procès si cette discussion préalable échoue¹³³⁸. D'autre part, la situation de déséquilibre dans les rapports entre certains contractants, déjà dénoncée, peut conduire à une solution biaisée, tendant à voir la victime influencée sans obtenir réelle de satisfaction au regard de sa demande initiale.

416. Le déclenchement de l'action – la nécessité d'un intérêt à agir. Une fois ces premières barrières franchies, la saisine de la juridiction peut avoir lieu, par le biais d'une

¹³³¹ C. consom., art. R.631-2, issu du Décret n°1333 du 11 décembre 2019

¹³³² « Requête aux fins de saisine du tribunal judiciaire ou du tribunal de proximité. Demande en paiement d'une somme inférieure ou égale à 5 000 € », conformément aux articles 748-8 et 818 du Code de procédure civile.

¹³³³ C. proc. Civ., art. 756 à 759 : C. consom., art. R.631-1 : « *Les litiges civils nés de l'application du présent code relèvent, lorsque le montant de la demande n'excède pas 5 000 euros, des règles relatives à la saisine par requête conformément aux dispositions des articles 756 à 759 du code de procédure civile.* »

¹³³⁴ L. n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

¹³³⁵ Il s'agissait auparavant des litiges inférieurs à 4 000€ mais le montant est passé à 5 000€ à partir du 1^{er} janvier 2020, date d'entrée en vigueur de la Loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

¹³³⁶ Décret n°2015-282 du 11 mars 2015 relatif à la simplification de la procédure civile à la communication électronique et à la résolution amiable des différends.

¹³³⁷ Directive 2011/83 CIE relative au droit des consommateurs.

¹³³⁸ Il est envisageable de penser que le fait d'avoir cherché à obtenir réparation auprès du service de réclamation de l'entreprise permettrait de remplir la condition de discussion préalable.

assignation. Le caractère formaliste et impératif de la procédure conduit les justiciables à se montrer extrêmement rigoureux dès cette étape s'ils veulent voir aboutir la procédure et obtenir une sanction à l'encontre de leurs cocontractants. Il est bien évidemment nécessaire d'avoir un but pour agir en justice, qui se traduit en procédure civile par l'obligation d'avoir un intérêt à agir. Assez simple à caractériser au moment de l'introduction de l'instance *a priori*, puisqu'il « n'est pas subordonné à la démonstration préalable du bien-fondé de l'action, et que l'existence du préjudice invoqué n'est pas une condition de recevabilité de l'action, mais de son succès »¹³³⁹, la pratique montre une application plutôt restrictive, ce qui est confirmé par la doctrine¹³⁴⁰. Les juges n'hésitent pas à déclarer irrecevable une action en raison de l'absence de préjudice.

417. L'exigence de l'exposé des moyens de fait et de droit : le principe d'immutabilité.

Mais une des difficultés les plus patentes au moment de l'introduction et au cours de l'action, notamment au moment du dépôt des conclusions, réside dans la nécessité de mentionner le bon fondement. Il est en effet indispensable au contractant d'invoquer la bonne règle de droit violée afin d'espérer voir son action aboutir et obtenir satisfaction, se traduisant par la sanction du cocontractant. L'article 56 du Code de procédure civile précise ainsi qu'à peine de nullité, l'assignation contient l'objet de la demande avec « un exposé des moyens en fait et en droit »¹³⁴¹. Cette règle de droit commun présente d'emblée l'impérativité d'une connaissance des règles de droit violées, cela ressort du principe d'immutabilité¹³⁴² : le juge est tenu par ces demandes et ne peut agir *ultra petita*¹³⁴³. Or, il a déjà été précisé que la présence d'un avocat n'était pas obligatoire devant certaines juridictions, dont le tribunal de proximité, et même si elle reste possible, le coût

¹³³⁹ Civ. 2^e, 13 sept. 2012, n°11-19.941, *Jurisdata* 2012-021121.

¹³⁴⁰ Sur cette question, v. notamment : L. Raschel, « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *op. cit.* ; Y. Desdevises, *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, Thèse dactyl., Nantes, 1973, n°47.

¹³⁴¹ *C. proc. civ.*, art. 56, 2°.

¹³⁴² L'alinéa 2 de l'article 4 du Code de procédure civile accorde néanmoins la possibilité de présenter des demandes incidentes, à la condition toutefois que « celles-ci se rattachent aux prétentions originaires par un lien suffisant ».

¹³⁴³ Il est à noter que des exceptions existent en droit de la consommation, le juge disposant de la possibilité de relever d'office certains manquements, notamment en matière de clauses abusives. D'inspiration européenne (CJCE, 27 juin 2000, Océano, *JCP*, 2001, II, 10513, note Carballo-Fidalgo et Paisant ; 8 CJCE, 21 nov. 2002, Cofidis ; *D. aff.* 2002, AJ.3339, obs. Avena-Robardet), cette obligation s'est étendue au niveau interne. V. not. : C. Aubert de Vincelles, « Office du juge communautaire et national, et directive n°93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1467 : « le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose ». Le pouvoir du juge se trouve donc encadré car il ne dispose plus de latitude afin d'appliquer ou non la théorie des clauses abusives. Il est possible d'espérer alors une protection plus effective du consommateur, puisque le juge devra soulever toutes les clauses abusives dont il a connaissance lors de l'étude d'un contrat de consommation.

de la représentation par avocat dissuade souvent les contractants. Ceci pourrait donc conduire à la nullité de l'action avant même tout jugement au fond¹³⁴⁴.

418. Transition. Toutes ces difficultés ralentissent le processus d'accès à la justice et l'aboutissement à la sanction qui devient de plus en plus un mirage. Cependant, les difficultés dans le parcours judiciaire du contractant voulant assigner ne se tarissent pas, d'autres surgissent même. Une fois l'étape de l'introduction de l'assistance, vient le déroulé de la procédure, avec ses propres règles. C'est à ce moment qu'est mis en exergue un des points les plus problématiques : la preuve.

2. Les difficultés probatoires lors du déroulé de l'instance

419. La lourdeur probatoire, un frein manifeste. Ester en justice, c'est faire valoir ses prétentions devant un tribunal qui devra, à l'issue du procès, déterminer si la demande était fondée ou non. À cette fin, comme en dispose l'article 6 du Code de procédure civile, les parties auront « *la charge d'alléguer les faits propres à les fonder* ». Cependant, il ne suffit pas d'alléguer les faits, il convient également de les prouver, distinction à laquelle tenait particulièrement Henri MOTULSKY¹³⁴⁵. Or, relativement à la preuve, deux questions se posent : celle de la charge de la preuve et celle de la liberté dans la recherche de celle-ci.

420. La charge de la preuve. Si la charge de la preuve fait l'objet d'un nouvel article 1353 dans le Code civil, issu de la réforme de l'Ordonnance du 10 février 2016, il ne faut pas s'en laisser compter. En effet, le contenu de cet article est en tous points identique à celui de l'ancien article 1315 dudit code et affirme donc toujours que « *[C]elui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver* »¹³⁴⁶. Par conséquent, cela implique que le contractant s'estimant lésé devra faire la preuve du bien-fondé de sa demande. Or, cette preuve ne sera pas forcément évidente à constituer. Si la preuve de l'existence, ou même du contenu, d'un contrat écrit est aisée, il en est tout autrement d'un contrat oral, ceux-ci étant les plus nombreux. En outre, l'existence de la réalisation ou de l'absence de réalisation de certaines obligations contractuelles peut s'avérer

¹³⁴⁴ Les magistrats apprécient de manière assez stricte à cette règle : CA Versailles, 19 déc. 2002 : *BICC* 2003, n°1017 ; Civ. 2^e, 6 avril 2006 : *Bull. civ. II*, n°103 ; *RDLC* 2006/31, n°2446, obs. Miniato ; *AJDI* 2007, p.208, note Capoulade.

¹³⁴⁵ H. Motulsky, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991, p.84.

¹³⁴⁶ *C. civ.*, art. 1353, al. 1^{er} : « *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. »

particulièrement difficile, particulièrement dans le cadre de relations familiales, où l'exigence d'un acte matériel peut être compliquée à obtenir sans vouloir créer de tensions¹³⁴⁷.

421. La liberté de la preuve. Quelles sont alors les preuves pouvant être rapportées par les contractants devant les tribunaux ? Le principe, affirmé à l'article 1358, est la liberté de la preuve¹³⁴⁸. Les parties peuvent donc prouver par tous moyens les faits affirmés¹³⁴⁹. C'est d'ailleurs ce que constate la deuxième chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 10 mars 2004 en affirmant, à propos d'un litige d'assurance, que la « *preuve du sinistre, qui est libre, ne pouvait être limitée par le contrat* »¹³⁵⁰. Cependant, il existe certaines limitations à ce principe de liberté. D'une part, un acte juridique « *portant sur une somme ou une valeur excédant un montant fixé par décret doit être prouvé par écrit sous signature privée ou authentique* »¹³⁵¹, à savoir 1500 € actuellement¹³⁵². D'autre part, outre la nécessité du respect du principe de contradiction¹³⁵³, le principe de loyauté de la preuve peut former un véritable obstacle.

Tout d'abord, concernant les actes juridiques, le formalisme probatoire s'avère très restrictif, empêchant bien souvent le contractant d'apporter la preuve de sa prétention. Consciente de cette difficulté, la jurisprudence assouplit pourtant ces conditions depuis près de quarante ans en présence d'un acte mixte conclu pour partie par un commerçant. Ainsi, la chambre commerciale de la Cour de cassation, constante sur ce point, considère, notamment dans un arrêt du 12 octobre 1982, que « *les règles de preuve du droit civil ne s'appliquent pas dès lors que le défendeur est commerçant et a procédé aux opérations litigieuses dans l'intérêt de son commerce* »¹³⁵⁴. Dans ce cas, le non

¹³⁴⁷ À cet égard, la jurisprudence peut reconnaître une impossibilité morale de se constituer un écrit : Cass. civ. 3^e, 24 oct. 1972 : *Bull. civ. III, n° 540* ; Cass. Civ. 1^{re}, 10 oct. 1984, *Gaz. Pal.* 1985. 1. 186, note J. M. ; *RTD civ.* 1985. 733, obs. Mestre.

¹³⁴⁸ C. civ., art. 1358 : « *Hors les cas où la loi en dispose autrement, la preuve peut être apportée par tout moyen.* »

¹³⁴⁹ Le nouvel article 1356 du Code civil consacre la jurisprudence existante en reconnaissant la possibilité de d'établir des contrats sur la preuve, lesquels sont valables « *lorsqu'ils portent sur des droits dont les parties ont la libre disposition* ». Afin d'éviter les clauses abusives sur ce point, le texte prévoit dans son alinéa que ces contrats sur la preuve « *ne peuvent contredire les présomptions irréfragables établies par la loi, ni modifier la foi attachée à l'aveu ou au serment. Ils ne peuvent davantage établir au profit de l'une des parties une présomption irréfragable* ». V. not. sur la question : L. Pailler, « Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat* 2019, p.378 ; A. Aynès et J.-D. Bretzner, « Droit de la preuve », *D.* 2020, p.170.

¹³⁵⁰ Civ. 2^e, 10 mars 2004, n°03-10154, *RDC* 2004, p. 938, obs. Ph. Stoffel-Munck.

¹³⁵¹ C. civ., art. 1359. L'article 1360 de ce même code vient tempérer ce principe, affirmant qu'il peut être fait exception à ce principe « *en cas d'impossibilité matérielle ou morale de se procurer un écrit, s'il est d'usage de ne pas établir un écrit ou lorsque l'écrit a été perdu par force majeure* ».

¹³⁵² Le Décret n°80-533 du 15 juillet 1980 - art. 1 (V) fixait le montant à 5 000 francs. Lors du passage à la monnaie européenne, il a basculé à 1 500 €.

¹³⁵³ C. pr. civ., art. 16.

¹³⁵⁴ Cass. com., 12 oct. 1982, *Bull. civ. IV, n°313* : « *attendu qu'en se déterminant ainsi, alors qu'il ressortait des énonciations de l'arrêt que le défendeur était commerçant et avait procédé aux opérations litigieuses dans l'intérêt de son commerce, la cour d'appel a violé par refus d'application le texte susvisé* ».

commerçant peut prouver un acte de commerce contre un commerçant par tous moyens, ce qui est supposé faciliter la recherche probatoire pour les consommateurs¹³⁵⁵. Cette faveur, accordée aux seuls non-commerçants dans les actes mixtes, est censée faciliter l'accès à la justice par une recherche de preuve plus aisée. Cependant, cela ne suffit pas à garantir un accès équitable au procès.

422. La loyauté de la preuve. La question de la loyauté de la preuve est essentielle dans la recherche de la celle-ci. Dans les faits, il est parfois difficile d'avoir accès à certains éléments de preuve. Par conséquent, des contractants peuvent être tentés de recourir à des moyens plus ou moins légaux pour se procurer un élément de preuve nécessaire à la défense de leur dossier. Il s'agit ici d'un point d'achoppement majeur entre le droit pénal et le droit civil : tandis que la chambre criminelle de la Cour de cassation admet de manière assez souple les preuves obtenues de façon déloyale¹³⁵⁶, il en est tout autrement des chambres civiles de la Cour de cassation¹³⁵⁷. En effet, ainsi que l'a rappelé l'Assemblée plénière dans un arrêt de principe du 7 janvier 2011¹³⁵⁸, fondé sur l'article 9 du Code de procédure civile, le principe de loyauté dans l'administration de la preuve et l'article 6§1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹³⁵⁹, les règles du Code de procédure civile relatives à la loyauté de la preuve s'appliquent à tous les

¹³⁵⁵ Cass. civ. 1^{re}, 21 févr. 1984, Bull. civ. I, n°66 ; Cass. com. 19 janvier 1993, n°90-16.380 ; *Deffrénois* 1993, p.1374, obs. Aubert.

¹³⁵⁶ A cet égard, v. notamment P. Lemoine, « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004. La jurisprudence européenne elle-même, notamment au travers de l'arrêt "Schenk c/ Suisse" du 12 juillet 1998 (CEDH, 12 juill. 1988, Schenk c/ Suisse, série A, n° 140 § 46.- *REV. SC. CRIM* 1988, p. 840, obs. Pettiti et Teitge), admet une preuve obtenue illégalement si elle a pu être débattue à l'audience de manière contradictoire. Quatre autres arrêts iront également dans le même sens (*Khan c/ Royaume Uni*, 12 mai 2000, *J.D.I.* 2001, p. 205 ; *PG et JH c/ R.U.*, 25 sept. 2001, *JDI* 2002, p. 301 ; *Jasper c/ R.U.*, 16 fév. 2000 ; *Fitt c/ R.U.*, 16 fév. 2000).

¹³⁵⁷ Il faut néanmoins exclure ici la chambre sociale de la Cour de cassation, particulièrement clémente à l'égard des salariés obtenant de manière déloyale des preuves dans des conflits les opposant à leurs employeurs. Admise pour la première fois dans un arrêt de la Chambre sociale de la Cour de cassation du 2 décembre 1998 (Cass. soc., 2 décembre 1998, *Bull. civ. V*, n° 535), la solution a été rappelée à plusieurs reprises, dont dans un arrêt de 2004 (Cass. soc., 30 juin 2004, Bull. civ. V, n° 187). La Cour admet qu'un salarié puisse subtiliser des documents appartenant à son entreprise lorsque cela a pour but de participer à l'exercice de ses droits de la défense.

¹³⁵⁸ Cass. Ass. plén., 7 janv. 2011, 09-14.316 et 09-14.667. Il s'agit d'une jurisprudence constante sur cette question. V. notamment en ce sens : Civ. 2^e, 7 oct. 2004, n°03-12.653, *D.* 2005, p.122 : « « l'enregistrement d'une communication téléphonique réalisé par une partie à l'insu de l'auteur des propos tenus constitue un procédé déloyal rendant irrecevable sa production à titre de preuve ».

¹³⁵⁹ Le contenu du visa laisse perplexe. Ainsi que le mentionne Monsieur THÉRY, le visa de cet arrêt tente de « concilier les contraires » (Ph. Théry, « Contentieux de la concurrence et procédure civile », *RTD civ.* 2011, p.383). En effet, tandis que l'article 9 du CPC et le principe de loyauté dans l'administration de la preuve se comprennent aisément, la présence de l'article 6§1 de la Conv. EDH interroge, d'autant plus lorsqu'on connaît la jurisprudence de la CEDH, qui s'attache à essentiellement à l'égalité de traitement de toutes les parties dans le procès (v. arrêts *Mantovanelli* du 18 mars 1997 et *Rome et Davis* du 16 févr. 2000). En outre, la jurisprudence européenne, fait le départ entre matière pénale et matière civile, d'une façon beaucoup plus souple qu'en droit interne. Or, en l'espèce, le litige contesté devant l'Autorité de la concurrence ainsi que les sanctions encourues en font indubitablement un contentieux relevant de la matière pénale au sens européen du terme.

contentieux, y compris ceux devant le Conseil de la concurrence¹³⁶⁰. Par conséquent, afin d'apporter la preuve du bien-fondé de leurs prétentions, les contractants devront non seulement respecter les règles relatives aux modes de preuve, mais y procéder en toute loyauté, sans subtiliser des éléments¹³⁶¹ ou sans enregistrer des conversations sans l'autorisation de leur interlocuteur¹³⁶² par exemple. De manière générale, ce principe interdit tout stratagème en vue de l'obtention de la preuve¹³⁶³. Outre les difficultés dans la recherche, particulièrement lorsqu'il s'agit de rapporter une preuve négative, elle peut engendrer des frais supplémentaires. Certains modes de preuves impliquent en effet des démarches spécifiques, et onéreuses, constituant par suite un frein psychologique supplémentaire pour les contractants à agir en justice. Face à cette extrême rigueur, la première chambre civile semble être revenue quelque peu sur cette décision rigoureuse puisqu'elle a admis en 2016 que « *le droit à la preuve ne peut justifier la production d'éléments portant atteinte à la vie privée qu'à la condition que cette production soit indispensable à l'exercice de ce droit et que l'atteinte soit proportionnée au but poursuivi* »¹³⁶⁴. Toutefois, cette faveur arrive très tardivement, alors que les sanctions non civiles sont déjà bien installées dans le paysage contractuel.

Si le droit commun des contrats ne comprend pas des règles de preuve propres à inciter les contractants à agir en justice, mais est au contraire freiné par la charge de la preuve et les frais inhérents à la démonstration de leurs prétentions, le droit spécial des contrats s'en trouve également dépourvu. Le droit de la consommation ne connaît pas de régime propre en matière de preuve, le régime de droit commun s'y applique donc. Toutefois, certaines règles spécifiques portant sur des domaines restreints viennent alléger la charge de la preuve en matière consumériste grâce à la jurisprudence, notamment en ce qui concerne les clauses abusives¹³⁶⁵, le

¹³⁶⁰ Devenu aujourd'hui l'Autorité de la concurrence.

¹³⁶¹ Cass. Soc. 2 déc. 1998, no 96-44.258, Bull. civ. V, no 535 ; D. 1999, p.431, note H. K. Gaba ; D. 2000, p.87, obs. S. Frossard

¹³⁶² Cass. Soc. 10 janv. 2012, n° 10-23.482, Bull. civ. V, n° 2 ; D. 2012, p.290 ; D. 2012, p. 901, obs. P. Lokiec et J. Porta ; RDT 2012, p.223, obs. A. Gardin ; Cass. Com. 25 févr. 2003, n° 01-02.913, inédit ; CCE 2003, Comm. N°104, obs. L. Leveneur ; CCE 2004, Comm. N°43, obs. P. Stoffel-Munck ; RTD civ. 2004, 92, obs. J. Mestre et B. Fages.

¹³⁶³ LARDEUX Gwendoline, Répertoire de droit civil, Dalloz, v° « Preuve : règles de preuve – Les principes fondamentaux », Octobre 2018 (actualisation : Octobre 2021), n°391.

¹³⁶⁴ Cass. civ. 1^{re}, 25 févr. 2016, n° 15-12.403 P, D. 2016, Actu p. 543 ; LPA 1^{er} avril 2016, p.16, note Lardeux ; Gaz. pal. 17 mai 2016, p.50, obs. Hoffschir. Cet arrêt reprend les mêmes articles cités au visa de l'arrêt d'assemblée plénière de 2011.

¹³⁶⁵ La Cour de cassation affirme que le caractère abusif d'une clause inverse la charge de la preuve Civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005 : Bull. civ. I, n°60 ; D. 2005, AJ 640, obs. Avena-Robardet ; CCC 2005, n°99, note Raymond ; RTD civ. 2005, p. 393, obs. Mestre et Fages ; RDC 2005, p. 719, obs. Fenouillet. La jurisprudence précise également que « sont abusives les clauses ayant pour objet ou pour effet d'imposer au non-professionnel ou au consommateur la charge de la preuve, qui, en vertu du droit applicable, devrait incomber normalement à l'autre partie au contrat » : Civ 1^{re}, 12 mai 2016, n°14-24.698 ; D. Actualité, 8 juin 2016, obs. de Ravel d'Escaplon ; JCP E 2016, n°1332.

crédit à la consommation¹³⁶⁶ ou encore le crédit immobilier¹³⁶⁷. Quant aux relations entre professionnels, il apparaît que les règles du Code civil et du Code de procédure civile s'appliquent également, le Code de commerce précisant néanmoins que la comptabilité pourrait être considérée comme une preuve admissible si elle est régulièrement tenue¹³⁶⁸. Cependant, tous ces tempéraments ne sont pas suffisants pour rassurer les contractants qui souhaiteraient agir devant la justice civile.

423. Conclusion sur l'action individuelle. Faut-il en déduire qu'il n'existe pas d'actions individuelles en matière contractuelle ? Assurément non, puisqu'il existe un contentieux réel en la matière en première instance. Toutefois, il faut le tempérer à deux égards : d'une part, les actions seraient beaucoup plus nombreuses si les difficultés sus-évoquées n'existaient pas. D'autre part, il est certain que ce contentieux se retrouve de manière beaucoup plus mesurée en appel et en cassation. La raison est simple : le taux de ressort pour pouvoir interjeter appel est fixé à 5 000 €¹³⁶⁹. Or, beaucoup de litiges concernent des sommes modérées qui n'atteignent pas ce montant, particulièrement en droit de la consommation. Face aux limites du recours individuel, la nécessité des recours collectifs s'est imposée en droit de la consommation, matérialisée par une mise en avant des associations de consommateurs, destinées à prendre le relais des contractants lésés.

II. La timidité des recours collectifs

424. L'action des associations de consommateurs, une promesse en demi-teinte. Face aux difficultés posées du recours individuel, le législateur a été amené à repenser l'action en justice. Pour ce faire, il était impératif de renouveler le recours au juge. C'est au travers du droit de la consommation, matière de droit spécial mais d'application ô combien généralisée, que de

¹³⁶⁶ En matière de crédit à la consommation, il incombe au vendeur de prouver que l'emprunteur, dûment informé de l'obtention du crédit, a laissé passer le délai imparti sans exercer son droit de rétractation prévu à l'article L.312-19 du Code de la consommation : CA Paris, 30 janvier 1981, *D.* 1981, IR 346.

¹³⁶⁷ Sans toutefois renverser la charge de la preuve, la Cour de cassation admet qu'une juridiction du fond puisse estimer que la déclaration de l'emprunteur ne suffit pas à établir que l'échéancier des amortissements était joint à l'offre lorsqu'il l'avait acceptée » : Civ. 1^{re}, 16 mars 1994, *Bull. civ. I*, n°100 ; *D.* 1994, IR 85.

¹³⁶⁸ C. commerce, art. L.123-23 : « *La comptabilité régulièrement tenue peut être admise en justice pour faire preuve entre commerçants pour faits de commerce.*

Si elle a été irrégulièrement tenue, elle ne peut être invoquée par son auteur à son profit [...] ».

¹³⁶⁹ L'appel est en effet réservé aux litiges dont les montants atteignent au minimum 5 000€ depuis la réforme mise en œuvre le 1^{er} janvier 2020. Le montant du taux de ressort était auparavant de 4 000€. V. not. : J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, p.683, n°461.

nouvelles actions sont apparues en vue de faire respecter les règles contractuelles et obtenir réparation pour les violations commises. Restait à savoir qui serait habilité à déclencher ces actions. Le choix s'est alors porté sur les associations. Ainsi que l'affirment Messieurs Jean CALAIS-AULOY et Henri TEMPLE, : « *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* »¹³⁷⁰. Partant, « *[c]omme la société du Moyen-âge s'équilibrait sur Dieu et sur le Diable [...], la nôtre s'équilibre sur la consommation et sur sa dénonciation* »¹³⁷¹. Ainsi, dans le rôle du dénonciateur, l'association de consommateurs¹³⁷² pallie non seulement « *la carence du parquet qui n'a plus les moyens depuis longtemps de s'attaquer à la délinquance consumériste* »¹³⁷³, mais également les consommateurs qui, à titre individuel, se trouvent démunis face au système procédural civil. Comme l'affirme Monsieur Éric BAZIN, « *force est de constater que le législateur a choisi de confier aux associations de consommateurs le soin de moraliser le marché en leur accordant, non pas un droit général d'accès à la justice, mais plusieurs droits à l'accès à la justice* »¹³⁷⁴.

Pendant de nombreuses années, les actions des associations de consommateurs¹³⁷⁵ ne pouvaient être engagées qu'à l'occasion d'un préjudice causé à l'intérêt collectif. Elles ne pouvaient dès lors agir en aucune façon dans l'intérêt individuel des consommateurs¹³⁷⁶. Partant, la défense des contractants *lambda* n'existait que de manière résiduelle. Il fallut attendre 1992 et la création de l'action en représentation conjointe pour qu'enfin, les associations de consommateurs puissent agir en vue de défendre les intérêts individuels. Force est de constater que ces différents recours collectifs antérieurs furent des échecs (A). Ces derniers vont conduire à la création d'une nouvelle procédure, l'action de groupe, mais il s'agit d'une action d'admission assez limitée (B).

¹³⁷⁰ J. Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 9^e éd., 2015, n°686 (la formulation a disparu de l'édition actuelle de l'ouvrage).

¹³⁷¹ V. J. Baudrillat, *La société de consommation*, Folio, coll. Essais, 1986, p.316 ; comp. P. Bruckner, *La tentation de l'innocence*, Le livre de poche, 1997.

¹³⁷² Il s'agit ici d'une exception au principe « nul ne plaide par procureur ». Néanmoins, comme le constate Monsieur Nicolas Dupont, il existe déjà beaucoup de tempéraments à ce principe : N. Dupont, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010. 459, spéc., n° 3.

¹³⁷³ Eric Bazin, « L'action en justice des associations de consommateurs, nouvel exemple de clémence de la jurisprudence civile », *D.* 2011, p.2910.

¹³⁷⁴ *Ibid.*

¹³⁷⁵ Toutes les associations ne sont pas habilitées à agir en défense des consommateurs. Les textes prévoient quelles sont celles qui pourront agir en fonction des actions. La plupart du temps, elles doivent être agréées.

¹³⁷⁶ Sur la distinction entre ces deux actions, voir particulièrement M.-J. Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation. Etude en droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 121, 2013.

A. Les échecs des recours collectifs antérieurs

425. Présentation. Les recours collectifs se distinguent en deux groupes : d'un côté les actions collectives au sens strict, qui consistent en la défense d'un intérêt collectif, et les actions collectives dans l'intérêt individuel des consommateurs. En pratique, ces actions vont avoir une différence majeure puisque l'indemnisation individuelle des consommateurs ne sera possible que dans le cadre des actions individuelles, à savoir l'action en représentation conjointe et l'action de groupe. Malheureusement, aucune d'entre elles ne va se révéler réellement satisfaisante pour la défense des intérêts des consommateurs : si les actions collectives antérieures se sont montrées trop restrictives (1), l'action en représentation conjointe va être inutilisée (2).

1. Les actions collectives antérieures trop restrictives

426. Trois actions collectives pour les associations. Longtemps ignorée, la défense des consommateurs s'est d'abord construite au travers de la défense de l'intérêt collectif. Qu'il s'agisse de l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs, pionnière (a), des actions en cessation des clauses illicites ou abusives (c) ou en cessation des agissements illicites (b), celles-ci ont été maintes fois engagées mais toujours insuffisantes pour défendre réellement les intérêts propres des contractants consommateurs.

a. L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs.

427. Historique. Création d'une action attendue. Première action introduite par le législateur par le biais de la Loi ROYER du 27 décembre 1973¹³⁷⁷, l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs, à distinguer de l'action civile classique¹³⁷⁸, permet enfin aux associations de prendre les devants dans la lutte pour la défense des consommateurs, particulièrement en matière contractuelle. Le domaine de l'action recouvre notamment tout ce qui est lié à la sécurité des consommateurs et à la tromperie (notamment les affaires de la vache folle ou du poulet belge). Proposée dans le cadre du droit de la consommation, c'est tout

¹³⁷⁷ L. n°73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, dite Loi Royer, art. 46.

¹³⁷⁸ Cette homonymie fut d'ailleurs source de discussions doctrinales quant à la détermination du domaine d'action de l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs, laquelle fut tranchée dans un sens restrictif par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{re}, 16 janv. 1985 : *D.* 1985, J. 317, note Aubert ; *JCP* 1985, II, 20484, note Calais-Auloy.

naturellement qu'elle fut introduite dans le Code de la consommation lors de sa codification aux articles L.421-1 et suivants (devenus en 2016 les articles L.621-1 et suivants à l'issue de la recodification). Cette action n'est cependant pas ouverte à toutes les associations : seules peuvent agir, outre les organisations définies à l'article L.211-2 du Code de l'action sociale et des familles¹³⁷⁹, les associations ayant pour objet la défense des intérêts des consommateurs et qui ont été agréées à cet effet¹³⁸⁰.

Les associations habilitées disposent de deux moyens d'action : les demandes initiales et les demandes incidentes, plus fréquentes, formées à l'occasion d'actions intentées par le ministère public¹³⁸¹. C'est ici que nous pouvons constater la première limite à cette action. Ainsi qu'ont pu le faire remarquer Messieurs Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE ET Malo DEPINCÉ, il est regrettable que ces instances aient été déclenchées le plus souvent sous forme de demande incidente et non pas par voie de demande initiale. Si la défense de l'intérêt collectif n'en était pas moins exercée, le but de l'action civile dans l'intérêt des consommateurs perdait de son opportunité, l'origine de cette loi résidant dans la possibilité du déclenchement d'actions qui ne l'auraient pas été sans le rôle des associations.

L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs se distingue par les conditions de sa recevabilité, prévues à l'article L.621-1 du Code de la consommation : le manquement doit non seulement constituer une infraction pénale, mais également porter un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs.

428. Une action conditionnée par l'existence d'un préjudice à l'intérêt collectif des consommateurs. L'action civile dans l'intérêt des consommateurs suppose une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Encore faut-il pouvoir déterminer ce que recouvre cette notion d'intérêt collectif. Pour Monsieur Jérôme JULIEN, elle se trouve à mi-chemin de l'intérêt individuel et de l'intérêt général¹³⁸². Il ajoute que cette notion est « *sans doute subtile, mais elle seule permet de respecter les règles de la procédure civile, ainsi que du droit de la responsabilité civile, qui exige que le préjudice invoqué soit personnel* »¹³⁸³. On peut le définir comme l'intérêt des consommateurs

¹³⁷⁹ Il s'agit de l'Union Nationale des Associations familiales (UNAF) et des Unions départementales des Associations familiales (UDAF).

¹³⁸⁰ *C. consom.*, art. L. 621-1 et L.811-1 et s.

¹³⁸¹ J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, p.736 et s., n°698 et s.

¹³⁸² J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. « Précis Domat ». 2019, 3^e éd., p.688, n°468.

¹³⁸³ Voir dans ce sens : Cass. Civ. 1^{re}, 13 nov. 2008, n°07-15.000, *RCA* 2009, n°8.

considérés dans leur ensemble¹³⁸⁴. Si les mots semblent définir de manière claire l'intérêt collectif nécessaire au déclenchement de l'action civile, sa mise en pratique est loin d'être évidente. En effet, il peut être tentant de confondre tout d'abord intérêt collectif des consommateurs et « *l'intérêt général, que le droit pénal vise à sauvegarder* »¹³⁸⁵, ce que Monsieur Jean-Luc AUBERT conteste¹³⁸⁶, tant à cause de la prise en considération de l'intérêt des consommateurs par des normes extra-pénales¹³⁸⁷ que parce que cela aurait pour conséquence nuisible d'inciter à une multiplication des textes répressifs en vue d'utiliser cette action. De plus, il ne doit pas non plus être confondu avec la réunion des intérêts individuels des consommateurs. Il faut parvenir à déterminer un préjudice subi par l'entité des consommateurs. Enfin, il faut dissocier l'intérêt collectif des consommateurs de l'intérêt de l'association qui portera l'action, particulièrement au moment de la détermination du préjudice et de la réclamation des dommages et intérêts¹³⁸⁸. Un débat doctrinal existe quant à la détermination du champ de l'intérêt collectif : si Messieurs Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLE ET Malo DEPINCÉ considèrent que cet intérêt est présumé dès lors que l'infraction relève du Code de la consommation¹³⁸⁹, Monsieur Jean-Denis PELLIER trouve certes cette hypothèse « séduisante »¹³⁹⁰, mais surtout « *quelque peu formelle et parfois erronée* »¹³⁹¹, tout en prenant l'exemple des infractions ayant pour objet la protection des intérêts des professionnels¹³⁹². Il est tout de même possible de constater que le postulat des premiers auteurs s'applique assez largement, même s'il n'est pas général. Il n'en résulte pas moins que la limitation de l'action à la défense de l'intérêt collectif des associations conduit forcément à une limitation de la réparation des préjudices, puisque les contractants ne peuvent y prétendre à titre individuel, à la suite de dommages subis personnellement. Un autre frein résulte de la limitation de l'action à la commission d'une infraction pénale.

¹³⁸⁴ Sur l'intérêt collectif, v. également : M.-J. Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation*, *op. cit.* ; C. Devreau, « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.* 2011.279.

¹³⁸⁵ J.-L. Aubert, note sous arrêt Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *D.* 1985, p. 317.

¹³⁸⁶ *Ibid.*

¹³⁸⁷ A l'image notamment des règles relatives aux clauses abusives (CA Orléans ; 21 juin 1984, *D.* 1985.98, note Calais-Auloy). Cette critique est d'autant plus vraie maintenant que le droit de la consommation connaît depuis 2014 des sanctions administratives également.

¹³⁸⁸ Si les différents intérêts ne se confondent pas, ils ne s'excluent pas pour autant non plus, puisque pour les mêmes faits commis, des actions diverses peuvent être menées en défense des intérêts collectif, général et individuels des consommateurs.

¹³⁸⁹ J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020 n°697.

¹³⁹⁰ J.-D. Pellier, *Droit de la consommation*, Dalloz, Coll. Cours Dalloz, 3^e éd., 2021, p.376, n°293.

¹³⁹¹ *Ibid.*

¹³⁹² art. L.121-5, L.122-1 s., L.221-3 et L.314-1 s. du Code de la consommation.

429. Une action conditionnée à la commission d'une infraction pénale. La Loi Royer du 27 décembre 1973 a donc permis la création d'une action civile devant toutes les juridictions. De cette formule assez large, les commentateurs et la pratique en déduisirent d'abord que les associations de consommateurs habilitées pouvaient exercer une action à caractère civil devant toutes les juridictions qui l'y autorisaient, donc devant les juridictions civiles et devant les juridictions pénales. Les juges du fond ne semblaient pas en cohésion sur cette question : si des décisions tendaient à aller dans le sens d'un champ d'application élargi dans un premier temps¹³⁹³, d'autres décisions restreignaient bien l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs à la commission d'une infraction pénale¹³⁹⁴. Cela laissait dubitatif sur la force d'action des associations de consommateurs quant à la défense de leurs intérêts collectifs.

En réponse à un pourvoi formé contre un arrêt extrêmement restrictif¹³⁹⁵ rendu par la Cour d'appel de Paris en 1983, la Cour de cassation a apporté son point de vue sur la question dans un arrêt important du 16 janvier 1985¹³⁹⁶. À cette occasion, la première chambre civile affirme que « *l'action civile des associations de consommateurs doit s'entendre d'une action en réparation d'un dommage causé par une infraction pénale* ». Cette affirmation, sonnante comme un attendu de principe, a le mérite d'être claire sur la question : aucune action dans l'intérêt collectif des consommateurs ne peut être engagée en l'absence de faits constitutifs d'une infraction pénale. Toutefois, elle n'en suscita pas moins des interrogations et des doutes sur la légitimité de cette décision.

D'une part, certains auteurs, à l'instar de Monsieur Yves MAYAUD, se sont réjouis de cette décision, puisqu'elle venait rétablir la définition propre de l'action civile, au sens pénal du terme, définie comme « *la seule action qui a pour objet la réparation du dommage causé par une infraction pénale* »¹³⁹⁷. Techniquement, il n'était pas opportun qu'une même terminologie recouvre deux

¹³⁹³ CA Paris, 20 déc. 1974 : *JCP* 1975, II, 18056, note Nguyen Thanh-Bourgeois ; *D.* 1975, p.312, conclusions Franck, note J. Lindon ;

¹³⁹⁴ CA Paris, chambre 8 A, 1983-05-11, du 11 mai 1983.

¹³⁹⁵ Non seulement la Cour d'appel considérait dans cet arrêt que l'action des associations de consommateurs ne pouvait être engagée qu'en présence de faits constitutifs d'une infraction pénale, mais encore fallait-il qu'ils soient prévus dans certains textes spécifiques (la loi Royer du 27 décembre 1973, l'ordonnance du 30 juin 1945 sur les prix illicites et la loi du 19 juillet 1977 sur les ententes et positions dominantes). Cette position a été qualifiée d'« insoutenable » par le Professeur Jean-Luc Aubert : J.-L. Aubert, « note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 », *op. cit.*

¹³⁹⁶ Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, n°83-14.063 : *JCP* 1985, II, 20484, note J. Calais-Auloy ; *D.* 1985, p.317, note J.-L. Aubert.

¹³⁹⁷ P. Godé, *Dictionnaire juridique – Consommation*, Dalloz, 1983, p.19, cité par J.-L. Aubert, « note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 », *D.* 1985, p.317 ; Y. Mayaud, « L'action civile sauvegardée. À propos de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 135-148 ;

types d'actions non identiques. Néanmoins, la légitimité technique de la restriction de l'action civile ne devait pas cacher d'autres interrogations, ce qui a suscité des remarques de certains auteurs. Tout d'abord, en réponse à l'argument du rétablissement de la « vérité technique » lié à la définition de l'action civile, Monsieur Jean CALAIS-AULOY estime que s'il est impératif que cette acception spécifique soit maintenue en matière de procédure pénale, puisque l'article 46 de la Loi Royer ne relèverait pas de ce domaine. Cet argument peine à convaincre¹³⁹⁸. En revanche, plus convaincant est l'argument relatif au respect de l'esprit de la loi. En effet, qu'il s'agisse du texte qui affirme que les associations sont autorisées à agir devant toutes les juridictions¹³⁹⁹, ou l'application que le législateur en a faite, en précisant que l'action civile est ouverte « relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs », l'article 46 de la loi Royer était rédigé de manière telle qu'une application large de l'action civile¹⁴⁰⁰ semblait primer¹⁴⁰¹. En outre, le choix d'une application très restrictive de l'action civile conduit à une protection moindre des consommateurs et, partant, des contractants, alors que l'intérêt collectif des consommateurs peut être bafoué tant par un comportement constitutif d'une infraction pénale que par un comportement sanctionné civilement¹⁴⁰².

D'autre part, des arguments d'opportunité sont soulevés afin de prendre la défense de la conception extensive de l'article 46. Tout d'abord, la décision de 1985 conduit *de facto* à une confusion des notions d'intérêt général et d'intérêt collectif, puisque l'intérêt général est défendu par l'action pénale. Or, l'intérêt collectif est également défendu par des dispositions civiles¹⁴⁰³. Monsieur Jean-Luc AUBERT souligne alors la dangerosité qui résulterait de cette solution, à

¹³⁹⁸ J. Calais-Auloy, Note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *JCP G* 1985, 20484 ; J. Calais-Auloy, « Les actions en justice des associations de consommateurs (commentaire de la loi du 5 janvier 1988), *D.* 1988, chron. XXIX, p. 193.

¹³⁹⁹ Cela démontrait bien la volonté du législateur de l'époque d'ouvrir largement l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs.

¹⁴⁰⁰ Une comparaison a pu être faite relativement aux actions ouvertes aux syndicats en matière de droit du travail. En effet, l'article L. 411-11 du Code du travail de l'époque citait les « droits réservés à la partie civile », entendus de manière assez large, ce que confirme l'étude de la doctrine et de la jurisprudence d'alors. Sur ce rapprochement, v. J. Calais-Auloy, « Les actions en justice des associations de consommateurs (commentaire de la loi du 5 janvier 1988), *op. cit.*

¹⁴⁰¹ A propos de ces arguments de texte, voir : J.-L. Aubert, « note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 *op. cit.*

¹⁴⁰² Sur cet argument, v. notamment : J. Calais-Auloy, Note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *JCP G* 1985, 20484.

¹⁴⁰³ Preuve en est déjà à l'époque des dispositions relatives aux clauses abusives de la loi du 10 janvier 1978. Un arrêt de la cour d'appel d'Orléans du 21 juin 1984 avait d'ailleurs accueilli une demande de suppression des clauses illégales présentes dans des contrats types sur le fondement de l'article 46 de la Loi Royer (v. J.-L. Aubert, « Note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 », *op. cit.*). D'autres litiges échappent dès lors également à cette action : les rapports entre bailleurs et locataires, les règles relatives au Code des assurances, mais également certaines règles contractuelles présentes dans le Code civil.

savoir créer plus d'infractions et de textes répressifs pour assurer une plus grande protection de l'intérêt collectif¹⁴⁰⁴.

De plus, l'intégration des associations dans le processus des actions en justice avait pour but de prendre le relais, non seulement des consommateurs qui, comme il a déjà été souligné, sont souvent démunis devant les actions en justice au civil et n'osent parfois pas agir non plus au pénal, mais également du ministère public. En effet, les associations ont souvent été considérées comme des substituts au Ministère public. Or, le Ministère public joue déjà un rôle actif au pénal¹⁴⁰⁵, contrairement au civil où sa place est plus anecdotique¹⁴⁰⁶. Cette sévérité dans la décision démontrerait pour Monsieur Jean CALAIS-AULOY la « *défiance des juges à l'égard des associations* »¹⁴⁰⁷, tout en ouvrant une « *brèche dans la défense des consommateurs* »¹⁴⁰⁸, puisque le pan civil échappe à l'action de leurs premiers défenseurs.

Enfin, la crainte fut émise quant à une possible utilisation abusive du recours pénal, surtout pour les textes rédigés de manière large¹⁴⁰⁹, ce qui était contraire à l'état d'esprit du moment, tendant à la dépenalisation du droit économique¹⁴¹⁰. Un paradoxe surgissait alors : en réduisant le nombre d'infractions, on réduirait le nombre de possibilités d'agir pour les associations¹⁴¹¹, alors que favoriser les recours de ces organismes était le but premier recherché dans la Loi ROYER.

Certains auteurs, à l'instar de Messieurs Emmanuel PUTMAN et Jean CALAIS-AULOY, ont néanmoins tenu à tempérer un minimum l'impact de ce débat lié au champ d'application de l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs. En effet, si cette discussion doctrinale et ces tergiversations jurisprudentielles s'avéraient nécessaires au regard de la légalité de l'action civile dans l'intérêt des consommateurs, la majeure partie des affaires étaient déjà traitées devant les juridictions pénales¹⁴¹². Monsieur Emmanuel PUTMAN alla même jusqu'à dire que le

¹⁴⁰⁴ Monsieur Jean-Luc Aubert qualifie cet arbitrage de « *périlleux à la fois sur le plan économique et sur le plan des principes, la légitimité de l'incrimination pénale pouvant alors être mise en doute* », *op. cit.*

¹⁴⁰⁵ J. Calais-Auloy, Note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *op. cit.*

¹⁴⁰⁶ Même si le Ministère public est théoriquement compétent à agir devant les juridictions civiles lorsque l'ordre public est en cause, son rôle reste en pratique très timide (*ibid.*).

¹⁴⁰⁷ J. Calais-Auloy, Note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *JCP G* 1985, 20484.

¹⁴⁰⁸ J. Calais-Auloy, « Les actions en justice des associations de consommateurs (commentaire de la loi du 5 janvier 1988) », *D.* 1988, chron. XXIX, p. 193.

¹⁴⁰⁹ Comme l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1905 relative aux fraudes et falsifications.

¹⁴¹⁰ En témoigne l'Ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la dépenalisation du droit de la concurrence.

¹⁴¹¹ G Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *JCP G* 1988, I, 3355.

¹⁴¹² Sur 97 affaires étudiées, seules 5 avaient été soulevées devant les tribunaux civils et 3 devant les tribunaux administratifs (M.-J. Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation, op. cit.*) Voir également : Anne Morin, *L'action civile des associations de consommateurs*, sous la direction de Daniel Tricot, INC, 1983.

contentieux était assez « marginal »¹⁴¹³ à l'époque, le constat étant réalisé en 1988¹⁴¹⁴. Cela s'explique par les avantages déjà soulevés des actions portées devant les juridictions pénales¹⁴¹⁵, contrairement aux actions engagées devant les juridictions civiles, plus austères.

Face à la décision de la Cour de cassation de 1985, à une jurisprudence toujours fluctuante¹⁴¹⁶ et aux débats doctrinaux qui s'en sont suivis¹⁴¹⁷, des travaux parlementaires se mirent en place afin de repenser notamment les actions possibles en droit de la consommation. Lors des discussions parlementaires ayant mené à la loi de 1988, des parlementaires tentèrent de maintenir une conception élargie de la notion d'action civile, afin de garantir un champ d'action plus large pour la défense des intérêts des consommateurs¹⁴¹⁸ et s'affranchir des limitations posées par l'arrêt de 1985¹⁴¹⁹. Toutefois, cela se conclut par un échec, puisque la loi du 5 janvier 1988¹⁴²⁰ vient confirmer l'arrêt de 1985 en affirmant que l'action civile ne peut être ouverte qu'en présence d'une infraction pénale, ce qui confirme alors un retour à « l'orthodoxie », saluée par Monsieur Yves MAYAUD¹⁴²¹, mais ce qui conduisit Madame Geneviève VINEY à qualifier cette réforme

¹⁴¹³ Des doutes sur le fait qu'il s'agisse d'un contentieux marginal. Seule action existante pendant un long moment.

¹⁴¹⁴ Il précise ainsi que 2405 actions ont été engagées de 1973 à 1981, soit environ 300 par an. Sur ces affaires, 97,4% ont été portées devant les juridictions répressives (Hubert Haenel, *Rapport Commission des lois au Sénat*).

¹⁴¹⁵ L'action pénale est en effet « plus rapide, plus économique, plus énergique » et cela « contraint le juge à un rôle actif dans la recherche des preuves ». (M.-J. Azar-Baud, Thèse, *op. cit.*, n°42).

¹⁴¹⁶ Dans une décision de 1987 (Cass. Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1987, *bull. civ. I*, n°320, *D.* 1987. IR 255), la première chambre civile de la Cour de cassation affirmait que l'action civile impliquerait « nécessairement pour ces associations la faculté de saisir le juge des référés pour faire cesser le trouble manifestement illicite qui en découle ». Elle se révélait alors plus souple que dans sa décision de 1985. V. notamment : X. Delpech, « Association de consommateurs : action en cessation d'agissements illicites », Note sous arrêt, *D.* 2010, p.1842.

¹⁴¹⁷ Jean-Luc Aubert affirma ainsi que « Le maintien (...) de l'action (...) doit se faire (...) par une vérification vigilante de la réalité du préjudice allégué, de son caractère effectivement collectif, et de l'adéquation de la réparation demandée » : J.-L. Aubert, « note sous arrêt : Cass. Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 », *op. cit.*

¹⁴¹⁸ Il est ici possible de citer le projet du parlementaire Jean Arthuis (Jean Arthuis, *Projet déposé devant le Sénat par le secrétaire d'Etat à la consommation*, juin 1987), qui prévoyait notamment l'extension de l'action collective devant toutes les juridictions, même en l'absence d'infraction. En outre, il envisageait la possibilité pour les juges de demander de cesser agissements illicites ou de supprimer une clause illicite. Madame Viney soulignait alors que cette proposition était très intéressante car allait dans le but d'un assainissement des pratiques contractuelles¹⁴¹⁸ (G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *JCP G* 1988, I, 3355). En parallèle, était envisagée également la première action de groupe à la française, projet qui fut abandonné face à la forte opposition des chefs d'entreprises (cf. *infra*, n°449 et s.).

¹⁴¹⁹ G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *op. cit.*

¹⁴²⁰ L. n°88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs. Sur l'historique de cette loi, v. notamment : G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *op. cit.* ; J. Calais-Auloy, « Les actions en justice des associations de consommateurs (commentaire de la loi du 5 janvier 1988) », *D.* 1988, chron. XXIX, p. 193.

¹⁴²¹ Y. Mayaud, « L'action civile sauvegardée. À propos de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 135-148.

de « modeste »¹⁴²². Cette précision s'accompagne également de l'affirmation des juridictions susceptibles de recevoir ces actions, à savoir les juridictions civiles et pénales¹⁴²³. Pour tempérer cette solution restrictive, de nouvelles actions sont prévues, pouvant cette fois être engagées en l'absence de comportements constitutifs d'une infraction pénale, créant ainsi « *une pratique qui n'existait guère* », de créer le fait lui-même, selon Monsieur Emmanuel PUTMAN. Finalement, il s'avère donc que l'action civile dans l'intérêt des consommateurs doit être entendue de façon très limitative¹⁴²⁴, même si un grand nombre d'infractions existent en la matière, ce qui permet une protection étendue¹⁴²⁵.

Des doutes ont néanmoins pu ressurgir en 2010, à la suite d'une décision de la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁴²⁶, affirmée sous forme d'attendu de principe : « *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* ». Si l'affirmation ne peut souffrir d'aucune contestation s'agissant de l'article L.421-6 (devenu depuis l'article L.621-2 du Code de la consommation)¹⁴²⁷, la solution est toute autre au regard de l'article L.421-2, puisque la Loi de 1988 était bien venue trancher le litige sur la question et affirmer que l'action dans l'intérêt collectif des consommateurs ne pouvait être engagée qu'en présence d'une infraction pénale. D'après Madame Christina CORGAS-BERNARD, cette solution viendrait participer « *du mouvement jurisprudentiel contemporain favorable à l'action des consommateurs* »¹⁴²⁸, après avoir réduit l'exigence d'agrément des associations susceptibles d'agir par le biais de cette action¹⁴²⁹. Cependant, ainsi que le constate Monsieur Nicolas DUPONT, « *la Cour de cassation se garde bien de faire référence à l'article L.421-1 du code de la consommation pour rejeter le pourvoi. Elle vise seulement les articles L.421-2 et L.421-6* »¹⁴³⁰. Cela pourrait signifier que loin d'étendre la portée de cette solution à toute l'action civile dans l'intérêt collectif

¹⁴²² G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *op.cit.*

¹⁴²³ Les juridictions administratives se retrouvent alors, de fait, écartées de ces litiges.

¹⁴²⁴ M.-J. Azar-Baud, Thèse, *op. cit.*, n°41.

¹⁴²⁵ J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3^e éd., 2019, p. 688-689, n°468-469,

¹⁴²⁶ Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, n°09-12.678, *D.* 2010, p.1842, obs. X. Delpech ; *ibid*, obs. N. Dupont.

¹⁴²⁷ X. Delpech, « Association de consommateurs : action en cessation d'agissements illicites », Note sous arrêt, *D.* 2010, p.1842.

¹⁴²⁸ C. Corgas-Bernard, « La compétence élargie des associations de consommateurs », obs. sous Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, *JCP* 2010, Actu. 374.

¹⁴²⁹ Cass. Civ. 2^e, 5 oct. 2006, n° 05-17.602 : *Bull. civ.* 2006, II, n° 255. Une telle clémence de la part de la Cour de cassation a déjà pu être constatée à l'égard d'associations, jugées recevables à agir collectivement en dehors de toute habilitation législative pour obtenir la cessation de faits non constitutifs d'infractions pénales : Cass. Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n°99-10.709, *D.* 2001, Jur. 1973, note J.-P. Gridel ; *RDI* 2001, p. 358, obs M. Bruschi ; *RTD civ.* 2001, p. 618, obs T. Revet ; Cass. Civ. 2^e, 27 mai 2004, *D.* 2004, somm. 2931, obs. E. Lamazerolles ; *RTD com.* 2004, p.555, obs. L. Grosclaude.

¹⁴³⁰ : N. Dupont, « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *op. cit.*

des consommateurs, l'absence de nécessité d'une infraction pénale ne serait permise que lorsque l'association rechercherait une mesure de cessation ou d'interdiction, procédant ainsi à un rapprochement des textes. Une fois la culpabilité de l'auteur reconnue, l'association serait en droit de « *demander la cessation de tous les agissements périphériques à l'infraction* », même s'ils ne sont pas sanctionnés pénalement. En conclusion, à la faveur de cette décision récente, sans revenir totalement sur l'arrêt de 1985 et la loi de 1988, la jurisprudence tend néanmoins à assouplir quelque peu les conditions d'actions des associations, afin de permettre une meilleure défense des consommateurs. Toutefois, cela reste encore timide et assez nouveau.

430. Une prise en compte large de l'infraction pénale. Malgré tout, il faut comprendre l'infraction pénale de façon assez large. En effet, la jurisprudence n'a eu de cesse de répéter qu'« *aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'étant exclue des prévisions* »¹⁴³¹ de l'article L.621-1 du Code de la consommation, les associations de consommateurs sont donc recevables à demander réparation pour un préjudice commis quel que soit le texte d'origine de l'infraction. Ainsi, les actions d'associations ont pu être permises concernant des faits de publicité trompeuse, d'escroquerie¹⁴³² mais également d'homicides et blessures involontaires¹⁴³³, pourtant incriminés dans le Code pénal et non dans le Code de la consommation. De fait, cela étend certes de manière certaine le champ d'application de l'action civile, mais cela reste grandement insuffisant en pratique.

431. Les sanctions envisageables. Le but de chaque action devant les juridictions est d'obtenir gain de cause. Cela va se traduire généralement par l'obtention d'une sanction à l'égard de la personne poursuivie. Le nouveau pouvoir d'action des associations devait donc se matérialiser par la possibilité de demander aux juges de telles sanctions. De quelle nature sont-elles ? Les associations peuvent demander non seulement le versement de dommages et intérêts, mais également la cessation d'agissements illicites¹⁴³⁴, avec ou sans astreinte, ou encore demander que certaines clauses soient réputées non écrites¹⁴³⁵. Dans le cadre de la mise en œuvre

¹⁴³¹ Cass. Crim., 30 janv. 1995, n°93-81.730, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 1995, IR 77. Cass. Crim., 24 juin 1997, *D.* 1997, p.185 : « Aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'est exclue des prévisions de l'alinéa premier de l'article L. 421-1 du Code de la consommation ».

¹⁴³² Pour une action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs retenue pour des faits constitutifs d'une escroquerie, v. notamment : Cass. Crim., 30 janv. 1995, n°93-81.730, *Bull. crim.* n°37 ; *D.* 1995, IR 77.

¹⁴³³ Dans le même sens, v. également en matière d'homicide involontaire : Cass. Crim., 1^{er} avr. 2008, n°06-88.948

¹⁴³⁴ Cette sanction est possible depuis la loi du 8 janvier 1988, qui le prévoyait dans son article 3.

¹⁴³⁵ La loi HAMON de 2014 va venir étendre la portée de la sanction relative à la suppression des clauses illicites ou abusives. Une clause peut désormais être réputée non écrite dans tous les contrats identiques : la solution a alors un effet *erga omnes* (C. consom., art. L.621-2).

de cette action devant les juridictions pénales, un ajournement de peine peut être prononcé¹⁴³⁶, limitant la portée de cette sanction. En outre, la juridiction peut aussi ordonner au professionnel d'informer les consommateurs concernés par tous moyens, et ce à ses frais, offrant une nouvelle manifestation de la publication des décisions de justice comme sanction¹⁴³⁷.

L'allocation de dommages et intérêts va susciter des questions particulières¹⁴³⁸. Comme en matière de toute action en réparation, la présence d'un préjudice est indispensable à l'octroi de dommages et intérêts dans le cadre de l'action civile. Peu importe que le préjudice soit direct ou indirect, pourvu qu'il existe. Néanmoins, même lorsque l'existence d'une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs est indubitable, l'évaluation du préjudice, et par voie de conséquence, celle du montant des dommages et intérêts, deviennent très complexes. Pour Monsieur Stéphane PIEDELIEVRE, elle s'avère même arbitraire. La difficulté fut telle que dans de nombreuses décisions, les associations ne se voyaient attribuer qu'un franc symbolique¹⁴³⁹. Or, si cette condamnation symbolique ne pouvait décemment pas inspirer la crainte chez les professionnels, elle ne servait pas non plus de moteur pour inciter les associations à déclencher de nouvelles actions en vue de la protection des consommateurs, ces dernières étant amenées à engager des frais à cette fin. La Cour de cassation mit fin à cette

¹⁴³⁶ Prévues initialement par l'article 4 de la Loi du 5 janvier 1988, cette astreinte peut être prévue seulement devant les juridictions pénales, faisant dire à Monsieur Emmanuel Putman qu'il s'agit d'une « astreinte en matière pénale mais à caractère civil » (E. Putman, « La Loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ, Droit prospectif*, PUAM, 1988-2, p.341 et s. L'astreinte est provisoire, puisque liquidée à l'audience de renvoi. Elle ne peut intervenir qu'une seule fois. Cet ajournement de peine a pour objectif de faire cesser, dans un délai fixé, l'agissement illicite ou de supprimer une clause illicite dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs (C. consom., art. L. 621-3). Lors de l'audience de renvoi, qui doit avoir lieu dans un délai maximum d'un an à compter de la décision d'ajournement, le juge répressif se prononce finalement sur la peine, qui peut être réduite ou supprimée (V. notamment : J.-D. Pelletier, *Droit de la consommation, op. cit.*, p.378 et 379, n°295 et 296).

¹⁴³⁷ Attention toutefois aux associations qui, si leur action se trouve rejetée, peuvent être amenées à diffuser à leurs frais la décision qui leur serait défavorable.

¹⁴³⁸ L'action en cessation d'agissements illicites et l'action en suppression de clauses abusives ou illicites sont apparues avec la Loi du 5 janvier 1988 (article 3). Pour Monsieur Emmanuel PUTMAN, il s'agit d'une possibilité d'obtenir une exécution en nature de la décision : cela permet de « demander la véritable formation forcée d'un contrat, comme elle peut solliciter la suppression d'une clause illicite. Parmi les cessations d'agissements illicites pouvant être demandées, il est possible de citer : une injonction de livraison, une fourniture de service en cas de refus de vente ou de prestation pour conditions injustifiées. La particularité réside ici dans le fait que la gestion de la relation contractuelle est confiée au juge répressif, qui devient véritable juge du contrat (dû au particularisme de l'action civile) : E. Putman, « La Loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ, Droit prospectif*, PUAM, 1988-2, p.341 et s. La loi Macron du 6 août 2015 apporte quelques changements à ces sanctions : l'action en cessation d'agissements illicites peut également être demandée pour tous les contrats, « y compris les contrats qui ne sont plus proposés ».

¹⁴³⁹ La première condamnation de cette pratique se trouve dans un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation : Cass. crim., 22 juill. 1986, n°85-95.057. v. : Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 556-557, n°689.

politique de condamnation de principe¹⁴⁴⁰. L'évaluation du préjudice s'est faite au regard de plusieurs critères, plus ou moins pertinents au regard de l'objectif initial poursuivi. En effet, des juges du fond ont parfois pris en compte dans l'évaluation « *les frais exposés par l'association en raison de l'infraction ou de l'agissement en cause* », tandis que d'autres décisions ont privilégié plus justement la prise en compte du risque subi par la collectivité.

Les juridictions du fond cherchent donc à vérifier la présence de deux critères pour l'évaluation du préjudice, à savoir la portée de la mission de l'association¹⁴⁴¹ et le risque porté à la collectivité des consommateurs¹⁴⁴². S'ils sont censés être alternatifs, certaines juridictions du fond retiennent parfois les deux en vue de la détermination des dommages et intérêts. Il en est ainsi d'une décision de la Cour d'appel de Nancy de 2001 dans laquelle les juges ont alloué 100 000 francs de dommages et intérêts au bénéfice de l'association UFC Que Choisir qui agissait contre des professionnels utilisant des produits anabolisants dans l'élevage bovin¹⁴⁴³. Certains auteurs, comme Monsieur Jean CALAIS-AULOY, affirment que les juridictions devraient en outre prendre en compte dans le calcul une part rémunératrice pour le travail effectué¹⁴⁴⁴ par les associations. Toutefois, si cela peut se justifier au regard de l'investissement nécessaire pour la mise en œuvre de ces actions, le fondement juridique lié à ces dommages et intérêts rémunérateurs semble plus incertain, puisqu'il s'inscrit difficilement dans le calcul de l'évaluation du préjudice classique... sauf peut-être à considérer que l'on englobe cela dans les frais engagés. Finalement, il s'avère que cette sanction et, par conséquent, cette action, fut d'une efficacité assez limitée, car pas assez comminatoire. Messieurs Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLÉ et Malo DEPINCÉ sont alors allés jusqu'à se demander si les sommes attribuées au titre des dommages et intérêts ne pourraient pas être considérées comme des peines privées masquées¹⁴⁴⁵, afin d'en renforcer les montants. Néanmoins, au regard de la réticence du droit français face aux

¹⁴⁴⁰ Une décision existe dès 1986 : Cass. Crim. 22 juill. 1986, n°85-95.057 cité par J. Franck, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Études de droit de la consommation – Liber amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p.409, spéc. p. 413.

¹⁴⁴¹ On peut notamment entendre par portée de la mission de l'association sa représentativité, les frais engagés et les publications effectuées parues : Note sous arrêt, *D.* 2002, p. 484 (CA Nancy, 06 sept. 2001).

¹⁴⁴² Sur cette évaluation du préjudice dans le cadre d'une action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs, v. notamment : J. Franck, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *op. cit.* Il y explique notamment que peuvent être pris en compte la réparation tant du préjudice moral de la collectivité des consommateurs (donc des contractants) que du préjudice matériel subi par l'association par la prise en charge des frais exposés. Finalement, c'est souvent plus le préjudice patrimonial personnel de l'association qui est indemnisé et non le préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs, trop flou à déterminer.

¹⁴⁴³ Il est à noter que l'association UFC Que Choisir réclamait 800 000 francs, ce que les juges du fond lui refusèrent, au regard de l'incertitude du nombre de victimes consommatrices (l'association affirmait que près de 6 millions de consommateurs étaient victimes de ces faits) : CA Nancy, 06 sept. 2001, *D.* 2002, p.484.

¹⁴⁴⁴ J. Calais-Auloy, note sous arrêt Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *op. cit.*

¹⁴⁴⁵ J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, p. 738, n°699.

dommages et intérêts punitifs¹⁴⁴⁶, cette hypothèse ne peut trouver une issue favorable. Elle est provisoire, elle est liquidée à l'audience de renvoi, où le juge répressif se prononce sur la peine, qui peut être réduite ou supprimée. En second lieu, simplement devant la juridiction répressive, le Code de la consommation prévoit qu'un ajournement du prononcé de la peine peut être obtenu, avec injonction adressée au coupable, le cas échéant sous astreinte de se conformer, dans un délai fixé, aux prescriptions ayant objet de faire cesser l'agissement illicite ou de supprimer une clause illicite dans le contrat ou le type de contrat proposé aux consommateurs¹⁴⁴⁷. Cet ajournement ne peut intervenir qu'une seule fois et peut être décidé même si le prévenu ne comparait pas en personne, le juge pouvant en outre ordonner l'exécution provisoire de la décision d'injonction¹⁴⁴⁸. C'est enfin au stade de l'audience de renvoi, qui doit intervenir au plus tard dans le délai d'un an à compter de la décision d'ajournement, que la juridiction statue sur la peine et liquide l'astreinte s'il y a lieu, cette dernière pouvant être supprimée ou réduite. Cependant, elle est de plein droit supprimée à chaque fois qu'il est établi que la personne concernée s'est conformée à une injonction sous astreinte prononcée par un autre juge répressif ayant ordonné de faire cesser une infraction identique à celle qui fonde les poursuites¹⁴⁴⁹.

432. Efficacité très relative de l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs. Critique. « Parfois, le résultat n'est pas à la hauteur des espérances » : c'est certainement ce que se sont dit les observateurs lors des premières années de mise en œuvre de l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs. Monsieur Jean CALAIS-AULOY le constatait d'ailleurs dans un commentaire en 1983 en regrettant « la répugnance qu'éprouv[ai]ent encore de nombreux juges à admettre l'action des associations de consommateurs »¹⁴⁵⁰. Cette action, pour innovante qu'elle fut, n'en reste en effet pas moins limitée dans ses effets directs à l'égard des contractants. Certes, les lois successives ont permis d'étendre son champ d'action pour permettre aux associations de demander le prononcé de la cessation des agissements illicites, même pour les contrats postérieurs, ainsi que la suppression des clauses abusives. Néanmoins,

¹⁴⁴⁶ Au contraire des droits américain et québécois, où les dommages et intérêts punitifs sont appliqués de manière généralisée.

¹⁴⁴⁷ C. consom., art. L.621-3.

¹⁴⁴⁸ C. consom., art. L.621-4.

¹⁴⁴⁹ C. consom., art. L.621-5.

¹⁴⁵⁰ J. Calais-Auloy, *D.* 1983, note p.420, col.1, cité par J.-L. Aubert, *op. cit.*

non seulement cette action est toujours limitée aux actions portant sur des infractions pénales, mais en outre, les contractants ne peuvent bénéficier directement des dommages et intérêts.

Il n'en reste pas moins que l'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs a obtenu un certain succès au regard du nombre de procédures menées, les associations y ayant eu recours de façon importante, à défaut d'une action plus efficace existante. Toutefois, cette réussite tient surtout dans le fait que, pendant des années, elle constituait l'une des seules actions ouvertes aux associations de consommateurs. Finalement, ainsi que le constate justement Madame Maria-José AZAR-BAUD, « avec l'action civile, ni l'objectif de sanction ni celui de dissuasion de comportements illicites ne sont atteints »¹⁴⁵¹.

b. L'action en cessation d'agissements illicites

433. L'action collective la plus récente. Si l'action en cessation d'agissements illicites est la dernière-née des actions collectives, elle n'en est pas pour autant totalement inédite. D'une part, elle existe déjà dans une certaine mesure dans le cadre de l'action civile, puisque depuis 1988, les associations peuvent demander la cessation d'agissements illicites sur le fondement de l'article L.621-8 du Code de la consommation, ce qui fait dire à certains auteurs, comme Monsieur Stéphane PIEDELIEVRE, qu'elle fait « doublon »¹⁴⁵² avec son aînée. D'autre part, elle s'inscrit en complément de l'action en suppression des clauses illicites et abusives, créée en 1988, ce qui permet l'élargissement de la portée de l'article L.421-6 du Code de la consommation (devenu depuis l'article L.621-7).

434. Une action d'origine européenne au domaine restreint. L'action en cessation d'agissements illicites est une action qui trouve ses origines dans le droit européen. En témoigne le cadre de cette action, strictement limité aux domaines prévus par une liste contenue dans une directive de 1998¹⁴⁵³. Ce champ d'application d'apparence restreint apparaît néanmoins s'attaquer à des domaines particulièrement intéressants en matière de droit de la consommation,

¹⁴⁵¹ Maria José Azar-Baud, « La mise en œuvre des droits des consommateurs : ce que l'action de groupe va changer », in D. Roux et L. Nabec (coord.), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, Éditions EMS, 2016, p.193 et s., spéc. p.195.

¹⁴⁵² S. Piédelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 873 et s., n° 791 et s. ; V. aussi : J. Calais-Auloy, H. Templé et M. Depincé, *Droit de la consommation, op. cit.*, p.739 et s., n°700 et s.

¹⁴⁵³ Cette liste de directives est contenue à l'article 1^{er} de la Directive n°98/27 du 19 mai 1998 relative aux actions en cessation, modifiée par une autre directive de 2009 (Directive 2009/22/CE du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs, particulièrement l'Annexe I). On y retrouve des textes relatifs à la publicité trompeuse, aux contrats négociés en dehors des établissements commerciaux.

dont la protection de la santé et de la sécurité des consommateurs. Non seulement cela a permis de s'attaquer aux fameux « produits miracles »¹⁴⁵⁴, en demandant notamment de faire interdire les produits et les publicités y étant relatives, mais également au non-respect des règles relatives à l'information relative aux prix des contractants¹⁴⁵⁵. Il n'en reste pas moins que cette action ne fait toujours pas l'objet d'une application généralisée, venant indubitablement réduire son efficacité. Toutefois, il faut lui reconnaître une qualité : c'est la possibilité offerte aux associations d'effectuer une action transfrontalière en vue de faire cesser des agissements illicites commis par un professionnel dans un autre pays européen lorsque certaines victimes sont françaises¹⁴⁵⁶.

En outre, à la différence de l'action civile, cette action permet de poursuivre les professionnels en l'absence d'infraction pénale, ce qui est confirmé par la décision controversée de la première chambre civile du 25 mars 2010¹⁴⁵⁷. Elle vient donc compléter la protection offerte aux consommateurs en permettant aux associations habilitées d'effectuer un recours collectif en présence de règles civiles bafouées. Il est à noter que cette action ne peut avoir lieu que devant les juridictions civiles, à l'exclusion donc des juridictions pénales, administratives et surtout commerciales. Si cette limitation a pu engendrer des débats théoriques entre membres de la doctrine¹⁴⁵⁸, Madame Maria-José AZAR-BAUD vient clôturer toute discussion en affirmant qu'en pratique, la question ne se pose pas, les associations étant beaucoup plus enclines à agir devant les juridictions civiles que devant les juridictions commerciales, en raison de la composition échevinale¹⁴⁵⁹ de ces dernières.

¹⁴⁵⁴ V. not. sur la question : Jean Calais-Auloy. » Les directives européennes de la consommation et leurs problèmes d'incorporation en droit français: *Cahiers du CEFRES N° 27f, Le droit communautaire de la consommation et sa transposition dans les Etats membres et dans les pays candidats (les exemples français et tchèque)*, Cahiers du CEFRES, Centre Français de Recherche en Sciences Sociales (CEFRES), 2001, *Le droit communautaire de la consommation et sa transposition dans les Etats membres et dans les pays candidats (les exemples français et tchèque)*, pp.7.

¹⁴⁵⁵ V. notamment sur cette question : M. J. AZAR-BAUD, *Les actions collectives en droit de la consommation, op. cit.*, p.125, n°78 et s.

¹⁴⁵⁶ Sur cette question, voir notamment J. Franck et Goyens : « L'action en cessation des organisations de consommateurs à l'épreuve du marché unique, RED consom. 1995, p.27.

¹⁴⁵⁷ Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, n°09-12.678. Comme il a déjà été observé, cette décision affirme que l'agissement illicite n'est pas nécessairement constitutif d'une infraction pénale. Si cette décision mérite l'approbation dans le cadre de l'action en cessation d'agissements illicites, cette décision pose question dans le cadre de l'action civile (V. également : CA Angers, 17 mai 2011, 1^{re} ch. a, 17 mai 2011, n° 10/01124.

¹⁴⁵⁸ En l'espèce, on a une opposition de point de vue entre Madame Geneviève Viney et Monsieur Boré sur la possibilité d'agir ou non devant la juridiction commerciale, comme le détaille Madame Maria-José AZAR-BAUD dans ses travaux : M.-J. Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation (...), op. cit.*

¹⁴⁵⁹ *Ibid.*, p.125, n°78 et s.

435. Les sanctions encourues par les professionnels dans le cadre de l'action en cessation d'agissements illicites. Le but premier de cette action est, comme son nom l'indique, de faire cesser les agissements contraires à la loi, et c'est donc ce que les associations demandent ici en premier lieu, à savoir réclamer des injonctions de faire ou ne pas faire¹⁴⁶⁰. Ainsi en est-il de la demande en vue de faire cesser une publicité trompeuse sur l'origine de la viande¹⁴⁶¹ ou sur l'efficacité de certains « *produits miracles* »¹⁴⁶². Afin de s'assurer de leur mise en œuvre, les juges utilisent souvent la méthode de l'astreinte, afin de pousser les justiciables condamnés à s'exécuter le plus promptement possible. La question s'est posée de savoir si cette mesure pouvait être mise en œuvre dans le cadre de cette action, le doute étant permis au regard d'une rédaction peu heureuse de l'article L.421-6 du Code de la Consommation dans son ancienne rédaction¹⁴⁶³, mentionnant l'astreinte seulement dans l'alinéa 2 réservé aux actions en suppression des clauses abusives et illicites. Néanmoins, une lecture globale de cet article semble devoir s'imposer ici.

En deuxième lieu, la question s'est posée de savoir si les associations pouvaient, dans le cadre de cette action, obtenir des dommages et intérêts. Malgré le silence de la loi sur cette question, il est possible de faire une application extensive de la jurisprudence, et plus particulièrement d'un arrêt rendu le 5 octobre 1999 par la première chambre civile de la Cour de cassation¹⁴⁶⁴, offrant cette possibilité dans le cadre de l'action en suppression des clauses illicites et abusives. Ainsi que le font remarquer messieurs Jean Calais-AULOY, Henri TEMPLE et Malo DEPINCÉ, cette jurisprudence devrait être élargie dès que cela porte atteinte à l'intérêt collectif, puisque, au-delà de l'intérêt théorique, il existe un véritable « intérêt pratique », en ce que la perspective d'obtenir des dommages et intérêts peut s'avérer être un moteur puissant pour inciter les associations à agir. Enfin, en troisième lieu, le juge peut ordonner la diffusion au public de la décision par tous les moyens appropriés, aux frais de la partie qui succombe¹⁴⁶⁵.

¹⁴⁶⁰ Ils peuvent le faire dans le cadre d'une action classique ou dans le cadre d'une action en référé, comme l'affirme la première chambre civile en 2004 : Civ. 1^{re}, 9 mars 2004, *D. affaires* 2004, 172. 7, note Riefa, ; *Contrats conc. consom.*, n° 101, obs. Raymond.

¹⁴⁶¹ On pense notamment à l'affaire de la viande de cheval : TC Paris, 21 janvier 2019, *Spanghero*. L'ex-directeur de l'entreprise a été condamné à six mois d'emprisonnement ferme à la suite de ce procès.

¹⁴⁶² CA Paris, 25 mars 1999.

¹⁴⁶³ Rédaction antérieure à l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 – art. 34 (V). On retrouve cette disposition à l'article L.621-8 du Code de la consommation actuel.

¹⁴⁶⁴ Civ. 1^{re}, 5 octobre 1999 : n°97-17.559 : admission de l'obtention de dommages et intérêts de la part d'une association dans le cadre d'une action en suppression de clauses abusives ou illicites.

¹⁴⁶⁵ Si le professionnel visait par l'action venait à être innocenté par les juges, l'association requérante pourrait également se voir infliger les frais de diffusion de la décision.

L'atteinte à l'intérêt collectif n'a pas à être démontrée dans le cadre de cette action, à moins que des dommages et intérêts soient demandés par l'association requérante, ce qui constitue un réel avantage. Un intérêt certain a pu être trouvé à cette action, en ce qu'elle a permis de faire cesser des pratiques litigieuses qui n'auraient pu l'être dans le cadre d'une action civile. Néanmoins, dans les faits, nombre des dispositions pouvant faire l'objet de cette action étant associées à une sanction pénale, elle se trouve faire grandement écho à l'action civile, ce qui en diminue son intérêt pratique.

436. Transition. Reste à s'intéresser à une branche particulière de cette action dans l'intérêt collectif des consommateurs : l'action en suppression des clauses contractuelles abusives ou illicites.

c. Les actions en suppression de clauses contractuelles abusives ou illicites.

437. Une action innovante et prometteuse en son principe. Véritable innovation de la loi de 1988¹⁴⁶⁶, l'action en suppression des clauses abusives ou illicites de l'article L.621-8 du Code de la consommation a pu apparaître comme une réelle opportunité de contrôle des contrats-types entre professionnels et consommateurs. En effet, cette action, qui peut être engagée par les associations de consommateurs agréées, a pour objectif de suppléer les consommateurs contractants face aux professionnels en agissant en vue de la suppression de clauses litigieuses. Dépassé face à des documents contractuels souvent peu lisibles et peu lus, le consommateur, à qui l'on opposera une clause abusive ou illicite, se contentera trop souvent de considérer la clause injuste – tout en se résignant à son application – faute de savoir qu'elle pourrait être contestée, ou démunie face à une procédure trop lourde. Dès lors, ce sont les associations de consommateurs qui peuvent garantir une meilleure protection contractuelle en agissant en suppression de ces clauses illicites ou contractuelles en amont de la relation contractuelle, permettant de les effacer matériellement des contrats. C'est pourquoi leur recours peut avoir lieu de manière totalement autonome, sans avoir ni à attendre le déclenchement de l'action par un consommateur ou un professionnel, ni à prouver l'existence d'un préjudice individuel¹⁴⁶⁷.

¹⁴⁶⁶ G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *op. cit.*

¹⁴⁶⁷ CA Rennes, 28 févr. 2014 : *JurisData* n°2014-003737 ; *Contrats conc. consom.* 2014, comm. 201.

Afin de faciliter l'efficacité de cette action¹⁴⁶⁸, le législateur a, dès 1988, laissé la possibilité au juge d'assortir la décision de suppression des clauses litigieuses d'une astreinte.

438. Une action en suppression des clauses abusives et illicites trop restrictive en pratique. Toutefois, le champ d'application de cette action prometteuse en vue de contrats garantissant mieux les droits des consommateurs démontra vite ses limites. Lors de son entrée en vigueur en 1988, le législateur choisit de restreindre l'action en permettant aux associations de demander la suppression des seules clauses litigieuses existantes au moment de l'introduction de l'instance dans les contrats-types¹⁴⁶⁹. Cela signifie deux choses : premièrement, les contrats spécifiques, quand bien même seraient-ils d'adhésion, se trouvent exclus du champ de recherche des clauses abusives et illicites ; deuxièmement, la condition *sine qua non* au succès de l'action repose sur la persistance de l'existence de la clause litigieuse dans le contrat au jour de l'introduction de l'instance¹⁴⁷⁰ l'existence persistante de ce contrat à cette date¹⁴⁷¹. Enfin, cette action est limitée aux contrats conclus entre consommateurs et professionnels, excluant de fait les non-professionnels¹⁴⁷² (alors qu'ils sont protégés par les articles L.132-1 et suivants du Code de la consommation). Au surplus, une autre restriction logique vient également en limiter l'impact : les condamnations prononcées n'ont qu'un effet relatif, seul le professionnel jugé dans l'espèce étant soumis à l'obligation de suppression de la clause, quand bien même d'autres professionnels utiliseraient les mêmes formules dans le même type de contrats¹⁴⁷³. Enfin, seules les associations pourront demander l'exécution forcée de cette décision, et non les

¹⁴⁶⁸ Cette action est également facilitée par l'obligation qui est faite aux professionnels vendeurs ou prestataires de services à l'article L.114-1 du Code de la consommation de remettre à toute personne intéressée qui en fait la demande, un exemplaire des conventions proposées habituellement. Le refus de s'y soumettre est par ailleurs puni pénalement, puisque le professionnel qui ne procéderait pas à la remise desdits documents encourrait une contravention de cinquième classe (C. consom., art. R. 131-1). Toutefois, Monsieur Guy Raymond affirme que « l'expérience prouve que cette sanction est quasiment impossible à mettre en œuvre » (Guy Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^e édition, 2019, p.351, n°600).

¹⁴⁶⁹ À l'exclusion donc des contrats spécifiques, même s'il s'agit de contrats d'adhésions. V. not. Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 2021, 5^e éd., p.559 et s., n°692 et s.

¹⁴⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 13 mars 1996, *D.* 1996, IR 95 ; Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, *D.* 2005, obs. C. Rondey (3^e et 4^e esp.).

¹⁴⁷¹ Cass. civ. 1^{re}, 1^{er} févr. 2005, *D.* 2005, obs. C. Rondey (1^{re} esp.).

¹⁴⁷² Civ. 1^{re}, 4 juin 2014, *JurisData* n°2014-012061 : *D. actu* 11 juin 2014 ; *Contrats, conc. consom.* 2014, comm. 232 ; *LPA* 2-3 sept. 2014, p. 9, note N. Litaize ; Civ. 1^{re}, 17 mars 2016, n°15-14.287, F-D : *JurisData* n°2016-008372 ; *Contrats, conc. consom.* 2016, comm. 153, obs. S. Bernheim-Desvaux.

¹⁴⁷³ G. Viney, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : la loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs », *JCP E* 1988, II, n°15336 (*op. cit.*).

consommateurs ayant contracté avec le professionnel condamné, annihilant toute marge de manœuvre de leur part.

439. Une évolution progressive de l'action en suppression des clauses abusives et illicites. Des changements bienvenus sont néanmoins intervenus, instigués par le droit européen et la jurisprudence. D'une part, se conformant enfin à la Directive communautaire 93/13/CCE du 5 avril 1993, le législateur a profité de la Loi HAMON de 2014 pour étendre la suppression des clauses sanctionnées par le juge à tous les contrats identiques déjà conclus par le même professionnel¹⁴⁷⁴, et ce même si le contrat n'est plus proposé¹⁴⁷⁵. D'autre part, afin de renforcer l'aspect sanctionnateur de cette action, les juges ont admis le versement de dommages et intérêts en cas de préjudice causé à l'intérêt collectif¹⁴⁷⁶. En outre, un arrêt de la CJUE du 26 avril 2012 affirme que lorsque la clause a été jugée abusive dans le cadre d'une action en cessation, le juge national doit d'office en tirer toutes les conséquences, afin que la clause ne lie plus les consommateurs qui ont conclu dans les mêmes conditions¹⁴⁷⁷.

440. Transition. Force est de constater que les trois actions susmentionnées, ayant toutes pour but la défense de l'intérêt collectif, furent utiles à poser les bases de la défense des consommateurs. Elles disposent d'ailleurs de quelques points communs. Premièrement, dans toute action engagée en vue de la protection de l'intérêt collectif des consommateurs, le parquet peut produire tous les procès-verbaux ou rapports d'enquête qu'il détient, et dont la production est utile à la solution du litige (ce qui facilite alors la preuve des faits). Deuxièmement, la juridiction peut ordonner la diffusion de la décision. Les textes entendent cela de manière très large (diffusion par tout moyen approprié). Cette sanction indirecte a son importance car elle permet d'alerter l'ensemble des consommateurs. En outre, elle révèle son efficacité par la crainte qu'elle est susceptible d'inspirer aux auteurs, peu enclins à une mauvaise réputation. Malheureusement, ces actions démontrèrent assez vite leurs limites, et si le législateur a fini par les prendre en partie en considération en apportant des améliorations bienvenues à chacune d'entre elles, ce ne fut le cas que de façon tardive et partielle. C'est pourquoi, en parallèle de ces

¹⁴⁷⁴ Ces clauses présentes dans les contrats déjà conclus sont alors réputées non-écrites (*C. consom.*, art. L.621-8 al. 2).

¹⁴⁷⁵ Toutefois, cette extension ne s'applique pas aux contrats conclus avant l'entrée en vigueur de la loi du 17 mars 2014, comme l'a affirmé la Cour d'appel de Paris : CA Paris, 3 déc. 2014, UFC Que choisir c/ SAS Free, *Contrats, conc. consom.* 2015, n°73.

¹⁴⁷⁶ Civ. 1^{re}, 5 octobre 1999, *Bull. Civ. I*, n°260.

¹⁴⁷⁷ CJUE, 26/04/2012, C-472/10, *Imvitel*, *RTD eur.* 2012. 666, obs. Aubert de Vincelles ; *D.* 2013. Pan. 945, obs. Poillot.

actions en défense de l'intérêt collectif, qui furent tout de même « sur-utilisés »¹⁴⁷⁸, le législateur a mis en place des actions en défense des intérêts individuels, afin de garantir une meilleure protection aux contractants, dont la première fut l'action en représentation conjointe.

2. L'action en représentation conjointe inutilisée

441. La nécessité d'actions en défense des intérêts individuels. En réponse aux critiques adressées aux actions des associations existantes, fondées sur un recours dans l'intérêt collectif des consommateurs, le législateur a été mis au défi de créer une action nouvelle, chargée de défendre les intérêts individuels de ces derniers. Cette entreprise se fit en deux étapes, éloignées de plus de vingt ans l'une l'autre. Tout d'abord, la Loi Neiertz du 18 janvier 1992¹⁴⁷⁹ institua l'action en représentation conjointe, qui se révélera vite comme un échec patent. Si elle sert de prélude à l'actuelle action de groupe, elle a plutôt été utilisée comme l'exemple à ne pas suivre. Sensibilisé par les associations de consommateurs et la doctrine sur l'insuffisance des recours en défense de l'intérêt collectif des consommateurs, le législateur a créé l'action en représentation conjointe, censée permettre aux associations de consommateurs d'agir en défense des intérêts individuels de ceux-ci, créant ainsi une action en défense collective d'intérêts individuels selon Monsieur Yves PICOD et Madame Nathalie PICOD¹⁴⁸⁰. Or, les conditions excessivement restrictives mises en place (a), ainsi que l'effet trop relatif d'un jugement de condamnation du professionnel poursuivi, ont voué cette action à l'échec (b).

a. Des conditions d'application excessivement restrictives

442. Une action innovante mais insuffisante. Malgré l'appel de la doctrine à l'intégration d'une action de groupe dans notre système juridique depuis les années 1980, le législateur ne s'y résolut pas tout de suite et préféra créer en 1992 l'action en représentation conjointe, fondée sur des critères de mise en œuvre très restrictifs., faisant dire à Monsieur Loïs RASCHEL que

¹⁴⁷⁸ J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3^e éd., 2019, p.690, n°472.

¹⁴⁷⁹ Loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs.

¹⁴⁸⁰ Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, Sirey, 5^e édition, 2021, p.562 et s., n°699 et s.

« le législateur a fait preuve d'une audace très limitée », s'agissant en réalité pour lui d'une simple « représentation à l'action »¹⁴⁸¹.

La spécificité de l'action en représentation conjointe tient en la possibilité pour une association¹⁴⁸² d'agir en défense des intérêts individuels de consommateurs lésés en agissant en leur nom devant les juridictions¹⁴⁸³ afin d'obtenir réparation des préjudices subis¹⁴⁸⁴. Ces derniers doivent être causés par un même professionnel et avoir une origine commune. Contrairement à la nouvelle action de groupe instituée en 2014, l'action en représentation conjointe peut permettre la réparation de préjudices moraux ou corporels et n'exige pas que ces préjudices soient d'un montant identique. Il s'agit donc de mettre en œuvre la responsabilité délictuelle ou contractuelle du professionnel, ainsi que le remarque Monsieur Yves PICOD¹⁴⁸⁵.

Initiée comme substitut à l'action de groupe encore jugée trop audacieuse alors, l'action en représentation conjointe, première action en défense des intérêts individuels, dispose de particularités procédurales intéressantes en vue de faciliter l'accès à la réparation du préjudice par les consommateurs : elle permet non seulement le regroupement des contentieux, par l'artifice d'une règle dérogatoire de compétence¹⁴⁸⁶, mais également d'adresser les actes de procédure à l'association, mandataire, et non pas aux consommateurs, les mandants¹⁴⁸⁷. Cependant, ce sont là les seuls points qui vont venir faciliter sa mise en œuvre. Le reste des conditions va s'avérer tellement restrictif que cela va conduire à son échec.

443. La nécessité de recueillir des mandats individuels sans sollicitation aucune.

Cependant, la condition qui est apparue la plus restrictive, et qui a scellé l'échec de cette procédure, reste celle liée à l'exigence de la délivrance d'un mandat spécial. D'une part, Le mandat doit être non seulement écrit¹⁴⁸⁸ et exprès, mais il doit également être personnel – il est

¹⁴⁸¹ L. Raschel, *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse, IRJS Editions, t. 25, 2010, n°249.

¹⁴⁸² L'article L.622-1 du Code de la consommation dispose que les associations compétentes pour agir en représentation conjointe sont « toute association agréer et reconnue représentative sur le plan national en application de l'article L.811-1 », lequel affirme : « *Les associations de défense des consommateurs peuvent être agréées après avis du ministère public.*

Les conditions dans lesquelles ces associations peuvent être agréées compte tenu de leur représentativité sur le plan national ou local ainsi que les conditions de retrait de cet agrément sont fixées par décret. »

¹⁴⁸³ L'action peut être portée devant les juridictions civiles, pénales ou administratives.

¹⁴⁸⁴ Le contentieux ainsi délimité exclut de fait certains litiges, notamment ceux liés au surendettement

¹⁴⁸⁵ Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*

¹⁴⁸⁶ C. consom., art. R.622-3 : « Pour l'application de l'article L. 622-1, la compétence en raison du montant de la demande et le taux de compétence en dernier ressort sont déterminés, pour l'ensemble des prétentions, par la plus élevée d'entre elles. Devant une juridiction pénale, l'association pourra exercer l'action civile ».

¹⁴⁸⁷ C. consom., art. R. 622-4.

¹⁴⁸⁸ C. consom., art. L. 622-2 al. 2.

interdit de représenter plusieurs consommateurs par un seul acte juridique. Deux mandats au minimum sont nécessaires et l'objet du mandat doit être clairement précisé¹⁴⁸⁹. L'identification des victimes, personnes physiques, est également indispensable à l'introduction de l'action, puisque la réunion des mandats¹⁴⁹⁰ en constitue un préalable, cela se rapprochant de la technique de l'*opt in*. Ces conditions très exigeantes rendent très compliqué, voire impossible, d'engager des actions à grande échelle.

D'autre part, le consommateur ne peut en aucun cas être sollicité pour la délivrance d'un tel mandat. Ainsi que le remarque Monsieur Jérôme JULIEN, il en résulte que l'initiative de l'action doit provenir des consommateurs et seulement d'eux¹⁴⁹¹. Les associations ont l'interdiction de solliciter des mandats par voie publique, de quelque manière que ce soit¹⁴⁹². Comment expliquer cette rigueur ? Les auteurs, notamment messieurs Jean CALAIS-AULOY, Henri TEMPLÉ et Malo DEPINCÉ, justifient cette condition par la nécessité de préserver l'image du professionnel avant toute condamnation : il s'agit donc de respecter le principe de la présomption d'innocence¹⁴⁹³. Si l'intention est louable, le caractère dès lors trop confidentiel de ces actions menées empêche, d'une part, les consommateurs de se joindre aux procédures existantes et, d'autre part, pour les associations de mener des actions fondées sur des pratiques interdites commises par des professionnels peu scrupuleux.

444. L'affaire « Cartelmobile », ou l'impossible mise en œuvre de l'action en représentation conjointe. Peu de procédures ont été mises en œuvre par le biais de l'action en représentation conjointe, laissant peu d'opportunités aux magistrats de se positionner sur la question. Pourtant, une affaire a particulièrement mis en lumière cette action, alors même qu'elle n'avait pas été engagée par l'association qui était à l'origine de la procédure, à savoir l'association

¹⁴⁸⁹ C. consom., art. R. 622-2

¹⁴⁹⁰ Sur le contenu des mandats, v. article, R.622-1 et s. du Code de la consommation.

¹⁴⁹¹ J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3^e éd., 2019, p.690-691 472-474.

¹⁴⁹² Cette interdiction s'applique à toutes formes de médias, puisque l'article L.622-2 du Code de la consommation affirme qu'il est prohibé aux associations de solliciter le mandat par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, par voie de tract, d'affichage ou même de lettre personnalisée. Sur cette dernière exclusion, v. Cass. Civ. 1^{re}, 26 mai 2011, n°10-15.676, CCC 2011, note G. Raymond ; CCE 2011, n°77, note A. Debet ; D. 2011, 1884, note N. Dupont. ; RJDA 8-9/11, n°739. L'interdiction a ainsi été étendue aux sites Internet, alors que le texte ne le prévoyait pas. En l'espèce, l'association de consommateurs l'UFC Que Choisir avait proposé de souscrire sur son site Internet un contrat d'engagement la mandatant pour agir en justice. Cela a néanmoins été considéré par les magistrats de la Cour de cassation comme « étranger à la préservation de l'image et de la présomption d'innocence » et contraire aux dispositions de l'article L.622-2 du Code de la consommation.

¹⁴⁹³ Cette justification semble ne pas totalement correspondre au regard de la réponse de la Cour de cassation dans sa décision rendue le 26 mai 2011 par la première chambre civile.

UFC-Que Choisir. En effet, dans le cadre de l'affaire « Cartelmobile »¹⁴⁹⁴, ce sont les juges du fond qui ont requalifié l'action engagée par l'organisme en défense de l'intérêt collectif, ainsi que par les 12 000 demandes individuelles de consommateurs¹⁴⁹⁵, en action en représentation conjointe... pour mieux la rejeter. L'association avait en effet proposé sur un site Internet dédié un outil de calcul, appelé « le calculateur », permettant au consommateur de vérifier le montant qu'il n'aurait pas versé à son opérateur téléphonique si ce dernier ne s'était pas rendu complice avec les autres opérateurs d'entente illicite. En outre, le même site proposait des informations sur l'action judiciaire menée par l'association, et laissait la possibilité de créer un dossier en ligne. Cela a été considéré par les juridictions comme un démarchage déguisé en vue d'établir une action en représentation conjointe, conduisant à la condamnation de l'association UFC-Que Choisir, sans avoir pu délibérer au fond sur la question de l'indemnisation des victimes...

b. L'effet trop relatif d'une condamnation

445. L'effet restreint d'une condamnation. Un des reproches principaux formulé à l'égard des actions dans l'intérêt collectif des consommateurs était que les consommateurs ne recevaient, à titre individuel, aucune indemnisation pour le préjudice subi. L'action en représentation conjointe vient pallier cette lacune en permettant une indemnisation effective des consommateurs ayant donné mandat à l'association... mais uniquement à eux. Nul autre ne recevra d'indemnisation, que ce soient les autres consommateurs victimes, au nom du principe de la relativité de l'autorité de la chose jugée, ou même les associations ayant mené la procédure pour les consommateurs mandants. Toutefois, les consommateurs qui n'auraient pas donné mandat à l'association sont toujours admissibles à fonder une demande individuelle¹⁴⁹⁶. Cependant, ils se retrouvent alors dans les mêmes situations déjà dénoncées, à savoir la difficulté à agir individuellement contre des professionnels. Entre les spécialisations des tribunaux pour

¹⁴⁹⁴ Les principaux opérateurs de téléphonie mobile que sont Orange France, SFR, et Bouygues Télécom se sont rendus coupables d'entente illicite et d'abus de position dominante entre 2000 et 2002. Le but était ici de stabiliser les prix à un niveau élevé et de s'entendre sur des objectifs définis en commun afin de stabiliser leurs parts de marché. Ces opérateurs furent condamnés par l'Autorité de la concurrence, qui les condamna à une amende record de 534 millions d'euros : Conseil concurrence, 1^{er} déc. 2005. Cependant, un refus fut opposé aux associations de consommateurs qui ont souhaité obtenir indemnisation de leur préjudice, malgré quelques 12 000 dossiers reçus par l'Association UFC-QUE CHOISIR. V. également : CA Paris, 12 déc. 2006 ; Cass. 29 juin 2007. Sur cette affaire, voir notamment les développements de Madame Azar-Baud, thèse préc., n°231 et s. p.294 et s.

¹⁴⁹⁵ Les 12 000 demandes individuelles qui avaient été engagées pouvaient presque paraître peu nombreuses en comparaison avec les vingt millions de victimes estimées. V. not. Sur cette question : 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.

¹⁴⁹⁶ Cependant, dans ce cas, ils retrouveront toutes les difficultés inhérentes à ce type de contentieux (cf. *supra*, n°402 et s.).

certaines litiges, les obstacles probatoires et les frais à engager, notamment lorsque l'assistance d'un avocat est impérative, l'action individuelle des consommateurs s'avère très souvent illusoire¹⁴⁹⁷.

446. La réticence des associations à agir. Le choix du recours à cette action se trouve également contraint par les associations elles-mêmes. Il peut apparaître étonnant que les organismes défenseurs des consommateurs ne se soient pas plus emparés de l'action en représentation conjointe afin de défendre les intérêts individuels des contractants, alors qu'ils enjoignaient depuis plusieurs années le législateur de créer une telle action. Toutefois, outre les difficultés d'obtention de mandats déjà soulevées, des considérations pratiques sont venues entraver l'action des associations : non seulement des difficultés d'ordre logistique et financière se sont vite fait jour, mais des problèmes de responsabilité sont en outre craints. Ainsi, le formalisme imposé aux associations s'avère très lourd pour les associations (notamment la recherche et la gestion des mandats) et donc très chronophage. La gestion importante des dossiers contraint les organismes à choisir avec parcimonie les dossiers à traiter.

À ces difficultés d'ordre logistique viennent s'ajouter des difficultés d'ordre financier, les frais de traitement des actions se révélant très lourds, d'autant plus qu'elles ne bénéficient pas des dommages et intérêts et que les associations ne sont pas rémunérées pour la gestion de ces actions¹⁴⁹⁸. Monsieur Jérôme Julien précise quant à lui que l'association, en tant que mandataire, est rémunéré¹⁴⁹⁹, et les éventuelles indemnités qui pourraient être attribuées à l'issue du procès sont destinées, dans le cadre de cette action, aux consommateurs à titre individuel. Ainsi que l'énonce Benoît GABORIAU¹⁵⁰⁰, il s'agit d'une action dans l'intérêt des personnes ici (et par conséquent non dans l'intérêt de l'association, pas plus que dans l'intérêt collectif). Cela s'avère donc très peu avantageux d'agir par le biais de cette action. Pour pallier cet obstacle, une action pour atteinte à l'intérêt collectif¹⁵⁰¹ pourrait être parallèlement engagée afin de voir l'association indemnisée. C'est d'ailleurs ce que tenta de faire sans succès une association en agissant concomitamment en défense des intérêts individuels et en défense des intérêts collectifs.

¹⁴⁹⁷ M.-J. Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation*, *op. cit.*, n°232, p. 295.

¹⁴⁹⁸ Les frais du procès semblent rester à la charge des mandants mais le mandat peut prévoir que l'association fera l'avance de tout ou partie de ces derniers : M.-J. Azar-Baud, *Les actions collectives en droit de la consommation*, *op. cit.*, n°228, p.292.

¹⁴⁹⁹ J. Julien, *Droit de la consommation*, *op. cit.* p. 690 -691, 472-474.

¹⁵⁰⁰ B. Gaboriau, *L'action collective en droit processuel français*, thèse dactyl., Paris II, 1996, n°206.

¹⁵⁰¹ Si toutefois la situation d'espèce correspond aux conditions susmentionnées.

Toutefois, et à tort, un tribunal d'instance a décidé en 1998 que ces deux actions ne peuvent être menées conjointement¹⁵⁰², ce qui n'enjoint pas les associations à agir en ce sens¹⁵⁰³.

Enfin, le problème de la responsabilité des associations n'est pas sans poser question : en tant que mandataire, l'association est responsable de ses actions et des éventuelles fautes commises : un consommateur insatisfait de l'issue de la procédure ou de sa gestion pourrait être amené à engager la responsabilité de cette dernière. Le rapport coût/avantage s'avère alors très défavorable pour les organismes défenseurs des consommateurs.

447. Un nombre insignifiant de procédures menées. Ces considérations ont mené à un échec cuisant pour cette action : en 2005, un rapport Parlementaire¹⁵⁰⁴ affirmait qu'en 10 ans, seules cinq procédures avaient été enclenchées. Or, dans un rapport d'information de 2010, le même nombre d'actions était à dénombrer depuis la création en 1992 de l'action en représentation conjointe¹⁵⁰⁵. Près de vingt ans après l'entrée en vigueur de cette mesure, une seule condamnation à l'encontre d'un professionnel avait été prononcée¹⁵⁰⁶. D'ailleurs, pour Monsieur Guy RAYMOND¹⁵⁰⁷, il semble qu'une seule action¹⁵⁰⁸ ait trouvé une issue positive en vingt-six ans... Sans compter, comme le rappelle Monsieur Evan RASHEL¹⁵⁰⁹, « l'échec retentissant » de l'affaire Cartelmobile, dans laquelle l'action a été qualifiée d'action en représentation conjointe afin de pouvoir condamner l'association pour démarchage illégal. Paradoxalement, il semble que le nombre de procédures en représentation conjointe ait quelque peu évolué ces dernières années, passant de cinq à huit, « à la faveur » des contraintes liées à

¹⁵⁰² TI Pantin, 18 avril 1998, *Familles de France c/ Guillaume Edinges (Sté)* : J.-P. Pizzio, « Recevabilité d'une action en réparation formée par une association de consommateurs », *D.* 2000, p. 51.

¹⁵⁰³ Dans l'affaire Cartelmobile précédemment citée, alors que les magistrats considéraient qu'il y avait la présence d'une action en représentation conjointe déguisée, ils allouaient néanmoins à l'association la somme très modique de 1524 Euros au titre de l'atteinte à l'intérêt collectif (tranchant avec l'amende millionnaire prononcée par l'Autorité de la Concurrence à l'encontre des opérateurs de téléphonie dans le cadre de cette même affaire : Décision 05-D-65 du 30 novembre 2005 relative à des pratiques constatées dans le secteur de la téléphonie mobile. L'autorité de la concurrence avait ainsi condamné les 3 opérateurs téléphoniques à une amende de 534 millions d'euros pour entente sur les prix entre 2000 et 2002 ; Civ. 1re, 26 mai 2011, FS+P+B+I, n° 10-15.676, qui confirme le reproche fait à l'association UFC-Que choisir d'avoir sollicité des mandats d'agir ; www.cartelmobile.org; v. également sur cette affaire : M. J. Azar-Baud, th. préc., n° 231).

¹⁵⁰⁴ G. Cerruti, M. Guillaume, *Rapport parlementaire sur l'action de groupe*, La documentation française, 2005, spéc. p.24.

¹⁵⁰⁵ L. Bêteille et R. Yung, *Rapport d'information n°499 fait au nom de la commission des lois du Sénat*, déposée le 26 mai 2010.

¹⁵⁰⁶ Une seule action en représentation conjointe semble avoir été déclarée recevable par une juridiction : TI Rennes, 17 avr. 1997, CCC 1997, n°168, obs. Raymond. Il s'agissait ici d'agir en représentation conjointe contre un magasin de meubles qui s'était rendu coupable de démarchage téléphonique abusif.

¹⁵⁰⁷ G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^e édition, 2019, p.116-117, n°170.

¹⁵⁰⁸ TI Rennes, 17 avril 1997 ; *Contrats conc. consom.* 1997, comm. 168.

¹⁵⁰⁹ E. Raschel, *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2014, n°507, p.366.

l'action de groupe...¹⁵¹⁰ Ce succès reste évidemment somme toute plus que relatif, et parmi ces affaires, seules deux ont eu les honneurs de la Cour de cassation. La dernière affaire relative à une action représentation conjointe est un arrêt la Cour d'appel de Paris rendu le 5 avril 2018¹⁵¹¹. En l'espèce, ce fut encore un échec pour les demandeurs à l'action, les juges considérant que les actions engagées par chacun des défendeurs ne répondaient pas aux conditions de l'action en représentation conjointe.

448. Transition. Malgré un échec prévisible¹⁵¹² et avéré de l'action en représentation conjointe, et l'introduction de l'action de groupe en droit français en 2014, le législateur ne l'a pas supprimée des procédures en défense des intérêts des consommateurs. Pourtant, comme il va être vu par la suite, cette dernière fait largement doublon avec l'action de groupe simplifiée¹⁵¹³, si l'on excepte néanmoins le champ d'application du préjudice¹⁵¹⁴. Cependant, cela n'annihile pas tout intérêt pour l'action en représentation conjointe en théorie. En effet, l'action de groupe présentant quant à elle des conditions très strictes, elles pourraient toutes deux être amenées à se compléter.

B. L'admission limitée de l'action de groupe

449. Une action autant crainte qu'attendue. Autant fantasmée que décriée, l'action de groupe instaurée par la Loi sur la consommation du 17 mars 2014, vient concrétiser des années de discussions autour de cette procédure spécifique. Comme le soulignait Louis BORÉ dès 1995, tout a pu être lu ou entendu à son propos : tour à tour *class action* « *monstre à la Frankenstein* »,

¹⁵¹⁰ Ces actions en représentation conjointe sont toutes rappelées par le site Internet de l'Observatoire des Actions de groupe, créé à l'initiative de Madame Marie-José Azar-Braud : <https://www.observatoireactionsdegroupe.fr/actions-collectives/actions-en-repr%C3%A9sentation-conjointe/>.

¹⁵¹¹ CA Paris, pôle 4, ch. 9, 5 avril 2018, n°16/07444.

¹⁵¹² Les auteurs n'ont pas manqué de qualificatifs peu amènes et d'expressions assez explicites quant à l'action en représentation conjointe, la qualifiant tour à tour d'action « morte-née » (L. Boré, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action morte-née ? », *D.* 1995, chron. 267), d'action « infertile » (B. Gaboriau, *L'action collective en droit processuel français*, thèse, Paris II, 1996, n°402) ou encore de « cadeau empoisonné » (L. Boré, *La défense des intérêts collectifs...*, p.541).

¹⁵¹³ V. notamment J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020., n°667 et s., p.708 et s.; Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, *op. cit.*, n°703 et s., p. 565 et s.

¹⁵¹⁴ Alors que l'action en représentation conjointe permet une indemnisation des préjudices individuels, physiques ou moraux, subis par des consommateurs, l'action de groupe ne permet que l'indemnisation de préjudices individuels physiques. En outre, dans le cadre de l'action en représentation conjointe, on n'exige pas que les préjudices aient un montant identique. Cf. *infra* n°468.

« *engin de destruction* »¹⁵¹⁵ ou phénomène permettant la « revanche de Lilliput »¹⁵¹⁶, l'indifférence n'est définitivement pas de mise. Véritable fer de lance de la loi HAMON de 2014, l'action de groupe en fut même la tête d'affiche, beaucoup de commentateurs non avertis ne relevant de cette loi que cette avancée procédurale. Il faut dire que d'aucuns n'osaient même plus l'espérer, tant elle fut annoncée puis repoussée au cours des dernières réformes du droit de la consommation. Cette consécration tardive de l'action de groupe (1) se révèle néanmoins contenue (2) et même décevante au regard du nombre restreint d'actions menées depuis l'entrée en vigueur des dispositions législatives.

1. La consécration tardive de l'action de groupe.

450. Présentation. Les réticences issues de l'expérience nord-américaine ont conduit le législateur français à redoubler de prudence dans l'intégration de l'action de groupe en droit interne, craignant un dévoiement de l'action et des procédures démesurées (a). L'expérience a démontré que ces craintes, toujours présentes, se traduisent également au niveau européen, puisque le droit communautaire, s'il s'empare également de cette action pour lui donner une dimension européenne, s'avère en réalité assez méfiant à son égard. Cependant, l'action de groupe conserve un avenir tourné vers l'Europe (b).

a. Des réticences issues de l'expérience nord-américaine

451. Une action inspirée du droit anglo-saxon. Connue en droit anglo-saxon depuis de nombreuses années, que ce soit aux Etats-Unis¹⁵¹⁷ ou au Canada¹⁵¹⁸ et déjà présente dans une quinzaine de pays européens¹⁵¹⁹, les prémises d'une volonté d'introduction de l'action de groupe en droit français se retrouvent dès le début des années 1980 lorsque, relayant les revendications d'associations de consommateurs, la ministre de la Consommation de l'époque, Madame Catherine LALUMIERE, estimait nécessaire « une étude sur les modalités de mise en

¹⁵¹⁵ L. Boré, « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p.267.

¹⁵¹⁶ J. Carbonnier, « La revanche de Lilliput », *Mélanges J. Vincent*, Dalloz 1981, p. 36.

¹⁵¹⁷ La première class-action aux États-Unis date de 1947 : D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi HAMON du 17 mars 2014*, Gazette du Palais et Lextenso éditions, 2014, p.8.

¹⁵¹⁸ Référence. V. D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi HAMON du 17 mars 2014*, Gazette du Palais et Lextenso éditions, 2014, p.8.

¹⁵¹⁹ C. Lalumière, cité par « L'action de groupe, vers une consécration ? », *INC Hebdo*, 20-26 juin 2005, n°1348.

œuvre de la procédure de recours collectif au sens de l'action de groupe »¹⁵²⁰. Dès lors, cette volonté de création d'une action de groupe en défense des intérêts individuels n'aura de cesse d'être soulevée par les différentes commissions travaillant sur les réformes successives du droit de la consommation, encouragées par les associations de défense des consommateurs, revenant tel un serpent de mer. En 1985, Monsieur Jean CALAIS-AULOY déplorait déjà son absence en marge d'un commentaire relatif à un arrêt propre à l'action civile¹⁵²¹, tout en cherchant à l'intégrer à la législation dans le cadre de la Commission de réforme du droit de la consommation¹⁵²². L'année 2005 marque le retour sur le devant de la scène de cette voie procédurale, avec la volonté exprimée par le Président de la République de l'époque, Jacques CHIRAC, de la création d'une action de groupe analogue aux *class actions* américaines¹⁵²³. Il faudra néanmoins attendre 2014 pour que ce vœu soit exaucé, de façon plus ou moins complète¹⁵²⁴, grâce à l'adoption de la Loi sur la consommation du 17 mars 2014¹⁵²⁵.

La concomitance entre le développement des sanctions non civiles et la naissance de l'action de groupe par la loi HAMON de 2014 pourrait interroger. Il semble en effet curieux, alors même que le droit de la consommation se dotait d'un outil civil procédural plus ambitieux dans la défense des droits des consommateurs, de maintenir et même d'accroître le nombre de sanctions non civiles. Une des premières explications réside dans le fait que les difficultés procédurales ne sont qu'une des raisons parmi d'autres de la présence de sanctions administratives et pénales dans le droit des contrats, et plus spécifiquement ici en droit de la consommation. En outre, l'action de groupe, inspirée de la *class action* américaine, n'en revêt pourtant pas tous les atours, son champ d'application s'avérant bien plus restreint. Enfin, sa finalité est bien plus indemnitaires que sanctionnatrice.

452. Présentation de l'action de groupe issue de la Loi HAMON de 2014.

L'introduction de l'action de groupe au sein de la Loi du 17 mars 2014 relative à la

¹⁵²⁰ C. Lalumière, in D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi HAMON du 17 mars 2014*, Gazette du Palais et Lextenso éditions, 2014, p.8.

¹⁵²¹ J. Calais-Auloy, note sous arrêt Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 : *JCP* 1985, II, 20484

¹⁵²² J. Calais-Auloy, *Proposition pour un nouveau droit de la consommation*, Documentation française, 1985, p.216.

¹⁵²³ Jacques Chirac, *Vœux aux « forces vives » de la Nation*, 4 janvier 2005 ; in Mainguy, « À propos de l'introduction de la class action en droit français », *D.* 2005, Point de vue, 1282.

¹⁵²⁴ Sur les discussions et projets ayant mené à la création en 2014 de l'action de groupe, v. notamment : G Cerruti et M. Guillaume (dir.), *Rapport sur l'action de groupe*, La documentation française, coll. Rapports officiels, 2005 ; V. M.-J. AZAR BAUD, *Les collectives des associations*, *op. cit.*, n°241.

¹⁵²⁵ Les textes relatifs à l'action de groupe s'inspirent fortement du projet de loi adopté en conseil des ministres le 8 novembre 2006 (le texte avait été retiré de l'ordre du jour en février 2007).

consommation (dite Loi HAMON)¹⁵²⁶ constitue un aboutissement à la suite d'années de discussions, le texte tentant de prendre en considération les critiques antérieures sur les actions collectives et dans l'intérêt individuel des consommateurs. Elle est définie par le Sénat en 2010¹⁵²⁷, qui estime qu'elle « correspond à une action de procédure civile permettant à un ou plusieurs requérants d'exercer, au nom d'une catégorie de personne (classe ou groupe), une action en justice : elle permet une mutualisation de moyens et une économie de coûts procéduraux, qui la rendent attractive quand les actions individuelles ne le sont pas ». Si cette définition a pu appeler des critiques, notamment de la part d'auteurs de Messieurs ZAMBRANO¹⁵²⁸ et Daniel MAINGUY¹⁵²⁹ qui estiment qu'elle insiste trop sur les avantages liés aux « économies de coûts procéduraux », elle a néanmoins l'avantage de ne pas la restreindre à un domaine particulier, comme le droit de la consommation. En pratique pourtant, c'est ce choix restrictif auquel il a été procédé en 2014. La loi Justice 21 de novembre 2016 va prendre en compte ces critiques et adopter une définition plus simple en affirmant que l'action de groupe peut être exercée en justice « lorsque plusieurs personnes placées dans une situation similaire subissent un dommage causé par une même personne, ayant pour cause commune un manquement de même nature à ses obligations légales ou contractuelles »¹⁵³⁰.

453. Le choix d'une action prudente, résultat de la prise en considération des craintes formulées. L'action de groupe créée par la Loi HAMON participe de la volonté de rendre meilleure l'effectivité du droit de la consommation¹⁵³¹, tout en assainissant le marché. Son existence devenait essentielle car de nombreux droits substantiels existants ne pouvaient trouver une exécution satisfaisante sans la garantie d'une procédure à même de conduire à une sanction réelle en cas de violation de ceux-ci¹⁵³². Cette procédure, souhaitée depuis des années par les associations de défense des consommateurs comme l'UFC-Que choisir, a reçu le soutien d'une partie de la doctrine, mais également de certaines institutions, comme le Conseil de la concurrence qui estime que l'action de groupe pourrait permettre de rétablir l'équilibre entre

¹⁵²⁶ Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹⁵²⁷ L. Béteille et R. Yung, *L'action de groupe à la française : parachever la protection des consommateurs*, Rapport d'information, n°499.

¹⁵²⁸ G. Zambrano, *L'inefficacité de l'action civile en réparation pour violation des pratiques anticoncurrentielles*, Th. Dr. Montpellier, 2012, n°403.

¹⁵²⁹ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la Loi HAMON du 17 mars 2014*, Gaz. Pal., Lextenso éditions, 2014, p.9.

¹⁵³⁰ L. n°2016-1547, art. 62.

¹⁵³¹ G. Raymond, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°36, p.30.

¹⁵³² M.-J. Azar-Baud, « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », in *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, p.105.

professionnels et consommateurs et constituer « un remède contre les injustices flagrantes »¹⁵³³, tout en donnant la possibilité de répondre à un préjudice de masse. Pour Madame AZAR-BAUD, elle doit être « conçue comme un extraordinaire dispositif de gestion du conflit, du groupe des éventuels intérêts contradictoires, des ressources matérielles, humaines et judiciaires et enfin du procès »¹⁵³⁴, en vue d'obtenir une véritable efficience.

Toutefois, la crainte de la réalité de ces sanctions et de leur mise en œuvre par le biais de l'action de groupe l'a conduit à essayer de nombreuses critiques, particulièrement de la part d'entrepreneurs et du MEDEF, s'appuyant sur l'expérience américaine et ses dérivés¹⁵³⁵. Lui a alors été reproché d'avoir un impact économique lourd pour les entreprises, notamment par l'atteinte causée à leur réputation. Plus, ont été dénoncés des risques de chantages que pourraient subir les entreprises, l'atteinte à l'économie elle-même et aux principes élémentaires démocratiques... Ces arguments peuvent toutefois être grandement contrés par les différents retours sur les expériences européennes¹⁵³⁶. Au surplus, l'action de groupe ne doit pas son surnom de « *class action* à la française » au hasard : dénuée de tout partisanisme dans sa construction, elle s'avère être le « résultat d'une lente maturation et non d'une simple volonté politique »¹⁵³⁷.

b. Un avenir tourné vers l'Europe

454. Une expérience variée des pays européens. Plusieurs pays européens se sont dotés d'un régime de défense des intérêts des consommateurs, assez semblable à notre action de groupe, même si de réelles disparités existent entre les différents modèles. Parmi les différences les plus notables, on remarque le choix entre la technique de l'*opt-in* ou de l'*opt-out*, qui sont

¹⁵³³ Autorité de la concurrence, « Le Conseil est favorable, dans certaines conditions, à ce que les consommateurs victimes de pratiques anticoncurrentielles puissent obtenir réparation de leur préjudice au moyen d'actions de groupe », Communiqué de presse, <https://www.autoritedelaconcurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/21-septembre-2006-action-collective-des-consommateurs-en-matiere-de>, 21 sept. 2006.

¹⁵³⁴ M.-J. Azar-Baud, « Réflexions autour de l'efficacité de l'action de groupe », in *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, p.106.

¹⁵³⁵ Pierre-Claude Lafond a démontré que les craintes liées aux dérivés américaines n'étaient pas forcément justifiées : P.-C. Lafond, *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, éd. Thémis, Montréal, 1996.

¹⁵³⁶ Commission des affaires économiques, Assemblée nationale, La documentation française, 10 sept. 2012.

¹⁵³⁷ D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la loi HAMON du 17 mars 2014*, Gazette du Palais et Lextenso éditions, 2014.

déterminantes dans le nombre de consommateurs qui pourront bénéficier de l'indemnisation au terme de la procédure ou de la transaction.

Si la France n'a pas été la première à mettre en place ce type d'action, l'Allemagne s'est révélée également assez réticente à mettre en œuvre l'action de groupe. Toutefois, face au scandale du *Dieseldate*, dans le cadre de l'affaire impliquant le constructeur automobile Volkswagen, une véritable procédure a été mise en place. L'Allemagne connaissait déjà de façon restreinte l'action de groupe, appelée le « Musterverfahren »¹⁵³⁸. Cependant, l'action de groupe semble avoir finalement abouti à une transaction, le constructeur allemand ayant accepté de payer 750 millions d'euros pour indemniser 240 000 clients, ainsi que le règlement amiable pour les 60 000 requêtes restantes. En outre, le constructeur s'est acquitté de lourdes amendes pour clore toutes les enquêtes (environ 2,3 milliards)¹⁵³⁹. Cette affaire a également entraîné des répercussions ailleurs en Europe et notamment en France, puisque au moins deux actions de groupe ont été déposées dans cette affaire, dont une par le CLCV¹⁵⁴⁰, une action de consommateurs agréée dans la défense des droits des consommateurs. Cette affaire démontre bien l'impact transfrontalier que peuvent avoir les litiges économiques et de consommation en particulier. C'est pourquoi le droit européen se penche depuis un moment sur la possibilité d'actions communes.

455. Un projet d'action de groupe européen. La directive européenne du 25 novembre 2020 relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs vient moderniser le droit de l'action de groupe en Europe¹⁵⁴¹, notamment en prévoyant la modernisation des actions collectives en réparation et en cessation de l'illicite en droit de la consommation dans tous les pays membres. Cette directive récente ne doit pas cacher l'intérêt que porte le droit européen depuis près de quarante ans pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs¹⁵⁴². Cela s'est néanmoins accéléré depuis la fin des années 2000,

¹⁵³⁸ « La « class action », un débat européen, l'exemple allemand », *Les Echos*, 19 juin 2008.

¹⁵³⁹ Océane Herrero, « Dieseldate : une action de groupe lancée contre Volkswagen en France », *Capital*, 12 novembre 2020.

¹⁵⁴⁰ Association nationale Consommation, logement et cadre de vie, qui défend, comme son site Internet l'indique, « exclusivement les intérêts spécifiques des consommateurs et des usagers » : <https://www.clcv.org/notre-histoire-nos-valeurs>

¹⁵⁴¹ PE et Cons. UE, dir. n°2020/1828 du 25 novembre 2020, relative aux actions représentatives visant à protéger les intérêts collectifs des consommateurs, JOUE L 409/1, 4 déc. 2020, p.1 et s. Cette directive européenne vient abroger une directive de 2009 (Directive/22/CE).

¹⁵⁴² Ainsi que le rappellent Monsieur Philippe Métais et Madame Elodie Valette (« La directive actions représentatives : un nouvel élan pour les actions de groupe ? », *D. actualité* 2020, 16 déc. 2020), l'idée de recours collectifs afin de protéger les intérêts collectifs des consommateurs a été mentionnée pour la première fois dans un

avec un cap particulièrement important passé le 11 avril 2018, date à laquelle la Commission européenne a lancé la « nouvelle donne pour les consommateurs (Comm. UE, 11 avril 2018, COM (2018) 183 final). Y figurait notamment une proposition de directive européenne relative aux actions représentatives pour la protection des intérêts collectifs des consommateurs.

456. Un projet encadré. La directive européenne ne fait pas montre d'une très grande audace. Au contraire, malgré l'intention louable d'élargir les actions de groupe à tous les pays membres, elle n'en reste pas moins timide, voire frileuse, face à cette procédure qu'elle semble craindre. Le premier article est à cet égard très significatif puisqu'il commence par rappeler le risque de recours abusifs qui pourraient être effectués par le biais de l'action de groupe, avant d'encadrer la possibilité d'effectuer cette procédure à des « entités » telles que les associations de consommateurs. Enfin, à deux reprises, aux articles 10 et 42, les dirigeants européens préconisent de ne pas recourir aux dommages et intérêts punitifs. L'expérience américaine semble avoir traumatisé les législateurs européens, à tel point qu'ils l'entourent d'un cadre trop rigoureux. Il est toutefois à noter qu'il ne s'agit ici que de préconisations et que le droit européen n'impose qu'un cadre minimal impératif. Libre aux Etats d'élargir ou non les actions en droit interne et d'offrir une protection plus grande aux consommateurs. En outre, cette directive propose d'élargir le champ d'application de l'action de groupe non seulement au droit de la consommation, au droit de la santé à l'environnement et à la protection des données, domaines déjà emprunts de l'action de groupe en droit interne, mais également aux services financiers, au transport aérien et ferroviaire, au tourisme, à l'énergie et aux télécommunications. Cela pourrait permettre plus d'actions à l'avenir, dans des domaines où les consommateurs se trouvent souvent pénalisés.

457. Quelles répercussions sur la procédure française ? La présence d'un système assez protecteur en droit français limitera de fait l'impact de la directive en droit interne. Toutefois, certains éléments semblent intéressants et pourraient entraîner quelques modifications au sein

Mémoire sur l'accès des consommateurs à la justice de la Commission européenne en décembre 1984. En 2008, parut le Livre vert sur les recours collectifs des consommateurs, tandis qu'était organisée en 2011 une consultation publique sur la question (Renforcer la cohérence de l'approche européenne en matière de recours collectifs). Cette démarche s'est poursuivie dans les années 2010 avec l'adoption d'une résolution en 2012 (Résolution « Vers une approche européenne cohérente en matière de recours collectifs du 2 février 2012, PE réso. 2 février 2012, 2011/2089(INI)), ainsi que d'une communication publiée par la Commission, accompagnée d'une recommandation en 2013 (Comm. UE, recommand., 11 juin 2013 relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectif en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation de droits conférés par le droit de l'Union : JOUE n°L201, 26 juill. 2013, p.60).

du droit hexagonal. Ainsi en est-il de l'article 18 de la Directive qui dispose qu'il pourra être procédé à la production forcée d'éléments de preuve ou encore de l'article 10 qui prévoit quant à lui la possibilité pour les tiers de financer des actions de groupe. Cette dernière proposition, au regard des difficultés financières auxquelles font face les associations, pourrait s'avérer particulièrement pertinente. En outre, la directive européenne envisage la mise en place d'un registre national des actions¹⁵⁴³. Encore une fois, cette disposition semble opportune, surtout au regard des freins qui se posent actuellement en droit interne quant à la publicité liée aux futures actions de groupe.

Cependant, si ces dispositions trouvent un intérêt certain, elles se trouvent assez limitées. Ainsi que le souligne Madame Garance CATTALANO, « dans l'ensemble, les principales propositions doctrinales formulées pour le renforcement de l'action de groupe ne trouveront pas un grand soutien dans le texte européen : pas de système d'*opt out* obligatoire, pas d'ouverture de l'action aux petits professionnels, pas d'amende civile... »¹⁵⁴⁴. Si nous pensons au contraire que l'amende civile ne doit pas être prévue dans ce cadre, cela pose plus question à propos des dommages et intérêts punitifs.

458. Une action de groupe européenne. La grande particularité de cette directive du 25 novembre 2020 est de prévoir une action de groupe européenne, qui trouverait son fondement dans la violation du droit de l'Union européenne « *sans préjudice des droits qu'ils détiennent par ailleurs en application du droit européen* »¹⁵⁴⁵. Il est bien mentionné qu'il s'agit ici d'un recours supplémentaire à l'encontre des professionnels. Il s'agit d'un pas intéressant vers la défense des consommateurs, très souvent en lien avec des entreprises n'ayant pas leur siège en France.

459. Transition. La prudence a été de mise dans la construction de cette action, le législateur ayant souhaité garantir sa réalité en choisissant un champ d'action restreint, tant par son

¹⁵⁴³ Article 14 de la Directive européenne n°2020/1828 du 25 novembre 2020

¹⁵⁴⁴ G. Cattalano, « Intérêts collectifs des consommateurs : adoption de la directive (UE) 2020/1828 relative aux actions représentatives », *LEDC* janvier 2021, n°113q5, p.4.

¹⁵⁴⁵ Ph. Métais et E. Valette « La directive actions représentatives : un nouvel élan pour les actions de groupe ? », *D. actualité* 2020, 16 déc. 2020.

domaine que par la vocation indemnitaire qui lui est attribuée : il ne s'agit pas ici de punir les auteurs d'une mauvaise exécution contractuelle mais bien d'indemniser les victimes.

2. La consécration contenue de l'action de groupe

460. Présentation. Le droit de la consommation a certes innové en créant l'action de groupe en 2014. Cependant, la plupart des observateurs se sont montrés déçus à bien des égards : non seulement le domaine d'action est limité (a) mais en plus la procédure retenue est très encadrée et longue (b), ce qui conduit à un nombre réduit d'actions de groupe en pratique, alors que cette procédure était vue comme une solution pour parvenir à la sanction des opérateurs économiques malveillants.

a. Un domaine d'action limité

461. Présentation. Dire que le législateur s'est montré frileux dans le choix du domaine de l'action de groupe pourrait presque relever de l'euphémisme. Non seulement l'action de groupe fait face à un cadre d'action restreint (i) mais l'indemnisation retenue est également limitée (ii), ce qui vient fortement tempérer l'attrait pour cette procédure.

i. Un cadre d'action restreint

462. Une action d'abord restreinte au droit de la consommation. Face aux craintes soulevées par les professionnels, relayées assez vigoureusement par le MEDEF¹⁵⁴⁶, le choix a été fait de restreindre dans un premier temps le champ d'application de cette nouvelle procédure au droit de la consommation, malgré le fait que cette procédure puisse dans l'absolu exister en dehors de tout domaine spécifique¹⁵⁴⁷. Dès lors, seul le consommateur, au sens strict du terme¹⁵⁴⁸, est visé comme victime pouvant obtenir une indemnisation dans le cadre de l'action de groupe, le non-professionnel est ainsi écarté. Les syndicats de copropriétaires comme les

¹⁵⁴⁶ Mouvement des entreprises de France (MEDEF), principal syndicat des entreprises françaises, représentant le patronat.

¹⁵⁴⁷ On retrouve ici une pratique assez commune en droit français, à savoir la limitation d'une procédure à un domaine particulier, à la différence des législations américaines et québécoises par exemple : D. Mainguy, *L'action de groupe en droit français après la Loi HAMON du 17 mars 2014*, *op. cit.*, p.49.

¹⁵⁴⁸ La Loi HAMON a enfin pris soin de définir le consommateur dans un article préliminaire, repris lors de la recodification de 2016 au sein d'un nouvel article liminaire. Selon cet article, il faut entendre par consommateur « toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale, artisanale, libérale ou agricole », *C. consom.*, art. liminaire.

associations ou fédérations semblent donc devoir être exclus. Quant à l'application de cette *class action* à la française aux baux d'habitation, la question reste en suspens : les locataires devraient être considérés comme des consommateurs pouvant réclamer une indemnisation par le biais de l'action de groupe¹⁵⁴⁹, ainsi que l'a affirmé le ministre de l'Économie¹⁵⁵⁰ et comme la première action de groupe l'affirmait également¹⁵⁵¹. Toutefois, la solution ne semble pas aussi certaine au regard des dernières décisions rendues en ce domaine, la Cour d'appel affirmant même en novembre 2017 que l'action de groupe engagée par l'association CNL doit être déclarée irrecevable au motif que « le bail d'habitation régi par la loi du 6 juillet 1989 obéit à des règles spécifiques exclusives du droit de la consommation (...) »¹⁵⁵². Si elle s'appuie sur de précédents arrêts de la Cour de cassation rendus en janvier 2016¹⁵⁵³, cette interprétation restrictive limite de manière trop sévère le champ d'application des règles du droit de la consommation et de l'action de groupe en particulier.

Cette ouverture restrictive au droit de la consommation et à la seule réparation des préjudices individuels traduit la volonté du législateur de restreindre au départ les actions de groupes afin d'éviter qu'elle soit applicable dans des affaires sensibles telles que l'Erika en matière environnementale ou le Médiateur, dans le domaine de la santé (bien que la frontière entre le consommateur et le patient soit parfois ténue¹⁵⁵⁴). Cela se confirme par le caractère expérimental donné à cette loi, un retour d'expérience devant être réalisé à l'issue des premières années de pratique¹⁵⁵⁵, tout en permettant de ménager les sociétés et les lobbies dans ces domaines.

¹⁵⁴⁹ Il est possible de considérer, avec Monsieur Picod, que les consommateurs épargnants, tout comme les consommateurs patients, peuvent être admis comme victimes. Encore faut-il que le dommage réparable soit adapté. Pourtant ce n'est pas exactement ce que semblait penser la jurisprudence relativement au domaine de la santé. L'extension législative de 2016 vient clore ce débat.

¹⁵⁵⁰ Rép. min. n°38849, *JO ANQ* 10 juin 2014, p. 4696 ; *BRDA* 2014 n°12, p.12.

¹⁵⁵¹ La première action de groupe engagée contre le groupe Foncia a fait l'objet d'un jugement du TGI de Nanterre : TGI Nanterre 14 mai 2018, RG 14/11846). Par la suite, le tribunal de grande instance de Paris, a affirmé qu'« à l'exception des domaines de la santé et de l'environnement, aucun secteur d'activité n'été expressément exclu du champ d'application de l'action de groupe. Le législateur a clairement manifesté sa volonté d'inclure le secteur du logement dans le champ d'application du dispositif de l'action de groupe » : TGI Paris, 27 janv. 2016, n°15/00835 ; *D.* 2016, p. 1690, note B. Javaux.

¹⁵⁵² CA Paris, 9 novembre 2017, n°16/05321 : S. Piédelièvre, « Action de groupe et bail », *Gaz. Pal.* 3 avril 2018, n° 316t7, p. 29.

¹⁵⁵³ Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n° 16-10389 ; Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n° 15-27688 ; Cass. 3e civ., 26 janv. 2017, n° 15-25791. Sur ces décisions, v. notamment M. Moreau et J. Adda, « Bail d'habitation et droit de la consommation », *AJDI* 2017, p.498 ; *D.* 2017, p. 388, note V. Pezzela ; *D.* 2017, obs. N. Damas ; *AJDI* 2017, p.443, obs. N. Damas ; C. Berlaud, *Gaz. Pal.* 2017, n°6, p.28 ; M. Parmentier, *Gaz. Pal.* 2017, n°9, p.66 ; *RTD civ.* 2017, p. 372, obs. Barbier H. ; *RDC* 2017, n° 114e7, p. 274, obs. J.-B. Seube ; *Gaz. Pal.* 4 avr. 2017, n° 291s2, p. 26, obs. S. Piédelièvre.

¹⁵⁵⁴ D. Mainguy, *op. cit.*, p. 50, n°61.

¹⁵⁵⁵ Ph. Gosselin et L. Vichnievsky, Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, Assemblée nationale, 11 juin 2020.

463. L'admission restrictive au droit de la concurrence. Le cadre de l'action de groupe a néanmoins été également directement étendu au droit de la concurrence¹⁵⁵⁶, conformément aux recommandations du Livre vert de la commission européenne et de l'Autorité de la concurrence¹⁵⁵⁷, permettant ainsi une certaine homogénéité du droit économique¹⁵⁵⁸. Également intégré au Code de la consommation, ce domaine d'action comporte toutefois un tempérament de taille : cette procédure ne peut être engagée que dans les hypothèses de *follow on*, c'est-à-dire que l'action de groupe peut être déclenchée uniquement à la suite d'une décision définitive de condamnation prononcée par l'Autorité de la concurrence. L'application dans ce domaine constitue une avancée assez logique¹⁵⁵⁹, dans la mesure où c'est en droit de la concurrence que sont apparus de nombreux litiges pour lesquels les victimes n'étaient pas en mesure de défendre correctement leurs intérêts, à l'image de l'affaire Cartelmobile, quand les entreprises se sont rendues coupables d'ententes ou d'abus de position dominante.

464. L'ouverture progressive à de nouveaux domaines. Le droit n'est pas avare en paradoxes et l'introduction de l'action de groupe dans le système judiciaire français en constitue un exemple confondant. Si l'action de groupe a presque incarné à elle seule la Loi HAMON du 17 mars 2014, tant la doctrine et les médias l'ont mise en lumière et ont fait de son introduction la réforme majeure de ce texte, son champ d'application devait se révéler finalement relativement restreint, puisque seuls les litiges liés au droit de la consommation étaient concernés par ce nouveau recours (ainsi que ceux relatifs au droit de la concurrence). En outre, comme il a déjà été évoqué, seule l'indemnisation des préjudices patrimoniaux liés à des dommages matériels peut être recherchée sur le fondement de cette action. Ces restrictions ont vite démontré leurs limites, notamment face aux différentes affaires en matière de santé, dont le

¹⁵⁵⁶ C. consom., art. L.623-1 et L.623-24 s.

¹⁵⁵⁷ Cette intégration est pourtant contraire à la volonté du Conseil national de la consommation. Cf. Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation*, op. cit.

¹⁵⁵⁸ On pense ici aux consommateurs, victimes des ententes entre les opérateurs téléphoniques, qui pourraient voir leurs dommages indemnisés par ce biais.

¹⁵⁵⁹ V. notamment sur cette question : G. Zambrano, *L'inefficacité de l'action civile pour violation des pratiques anticoncurrentielles. Etude du contentieux français devant le Tribunal de commerce de Paris*, Thèse, Université de Montpellier 1, 2012.

scandale des prothèses mammaires PIP, pour lesquels une action de groupe s'avérait alors impossible¹⁵⁶⁰.

C'est pourquoi, sans attendre un retour d'expérience sur les premières mises en œuvre de l'action de groupe au sein des juridictions françaises, le législateur a préconisé dès l'automne 2014 la mise en place de ce recours en matière de droit de la santé. La loi du 26 janvier 2016 vient consacrer l'action de groupe en matière de santé. Cet élargissement du champ d'application de l'action de groupe vient renforcer les possibilités pour les contractants victimes en matière de santé d'obtenir réparation pour les manquements commis par les producteurs ou fournisseurs de produits de santé¹⁵⁶¹. Au demeurant, cette action comporte un atout non négligeable dans ce domaine puisque, contrairement au droit de la consommation, ce recours permet de rechercher l'indemnisation des préjudices corporels subis¹⁵⁶². Les difficultés probatoires rencontrées par les victimes lors des recours individuels contre les laboratoires pharmaceutiques et autres établissements de santé ont ici nettement été prises en comptes et devraient en être amoindries¹⁵⁶³.

En outre, dans le cadre de la mise en œuvre de la réforme du droit appelée « Justice 21 », qui s'est concrétisée par l'adoption de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016, l'action de groupe a une nouvelle fois accru son champ d'action, puisqu'elle est désormais possible en matière environnementale¹⁵⁶⁴, de protection des données personnelles, de contentieux de la fonction publique et en matière de lutte contre les discriminations¹⁵⁶⁵. Un cadre procédural commun, intégré au Code de procédure civile, a d'ailleurs été créé, reprenant peu ou prou celui prévu en

¹⁵⁶⁰ C'était déjà envisagé par N. Bonnefoy, Avis de la Commission des lois du Sénat (792)

¹⁵⁶¹ C. Santé publique, art. L.1143-1.

¹⁵⁶² Il ne s'agit pas de la seule différence par rapport à l'action de groupe originelle. Ainsi, du fait de la recherche d'indemnisation des préjudices corporels, les délais pour que les victimes se fassent connaître auprès des associations ou des juridictions, toujours par le biais du système de l'*opt-in*, sont beaucoup plus longs (de 6 mois à 5 ans). Cela s'explique par la nécessité de prendre en considération les délais de « révélations » des préjudices, ainsi que les délais de consolidation. Toutefois, ce n'est pas sans poser question quant à la durée de la procédure, et donc de l'efficacité de ce recours. L'existence de ce recours en matière sanitaire serait surtout un moyen de faire pression sur les professionnels du monde de la santé et de favoriser la médiation et la transaction, comme les nombreux textes relatifs à la médiation tendent à le prouver.

¹⁵⁶³ Cependant, la doctrine s'inquiète de la complexité de la procédure et de sa réelle efficacité : cf. K. Haeri et B. Javaux, « L'action de groupe en matière de produits de santé : une procédure complexe à l'efficacité incertaine », *D.* 2016, p.330 ; A. Laude, « L'action de groupe en santé, à l'épreuve de sa complexification », *D.* 2017, p.412 ; L. Nicolo-Vullienne et S. Pietrini, « L'action de groupe de la part des auteurs », *CCC* 2016, étude 6.

¹⁵⁶⁴ Code de l'environnement, art. L.142-3-1.

¹⁵⁶⁵ Une première action de groupe pour discrimination indirecte des salariés handicapés a été introduite par le syndicat SUD-Rail contre la SNCF le 7 novembre 2017. Il est reproché à l'entreprise ferroviaire de moins rémunérer les travailleurs handicapés en leur allouant un salaire inférieur de 11 à 12%, ainsi que de retarder d'environ 30% les délais pour leur faire gravir les échelons de rémunération (« Action de groupe pour discrimination des salariés handicapés », *Le Monde.fr*, 7 novembre 2017).

matière consumériste (sans toutefois incorporer ce dernier dans ce cadre commun)¹⁵⁶⁶. À la différence de l'action prévue en droit de la consommation et en droit de la concurrence, le cadre commun prévoit non seulement la possibilité pour les associations compétentes de demander l'indemnisation des victimes mais également la cessation des manquements¹⁵⁶⁷. Aujourd'hui, cette action de groupe est même envisageable devant le juge administratif. En outre, il faut retenir que les premières actions de groupe en matière de droit de la consommation avaient soulevé un problème majeur : l'exclusion des litiges dans le domaine de l'immobilier, et particulièrement ceux concernant les preneurs et les agences immobilières¹⁵⁶⁸. Le législateur a finalement décidé de remédier à ce manquement en introduisant au sein de la loi du 23 novembre 2018 portant évolution du logement, de l'aménagement et du numérique (loi ELAN) l'action de groupe à la réparation des préjudices collectifs subis par les consommateurs à l'occasion de la location d'un bien immobilier. Il est à noter que la loi du 18 novembre 2016 a créé un cadre commun aux actions de groupe, ce qui apparaît pertinent. Ce qui l'est moins est l'exclusion des actions de groupe en matière de consommation de ce cadre commun, ce qui semble difficile à justifier actuellement. Il serait donc pertinent d'y remédier en créant un cadre commun à toutes les actions de groupe, ce qui serait plus lisible pour les justiciables et pour les associations désirant agir en justice en défense des intérêts des particuliers¹⁵⁶⁹.

ii. Le choix d'une indemnisation restreinte.

465. L'indemnisation des seuls préjudices matériels. Au sein du droit de la consommation, le champ d'application de l'action de groupe a pu apparaître assez large, puisqu'elle peut être engagée en cas de violation d'une règle légale ou contractuelle dans le cadre

¹⁵⁶⁶ Sur cette question, v. en particulier : S. Amrani-Mekki, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI siècle. – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G* 2016, p.1340.

¹⁵⁶⁷ Cet ajout a pu être critiqué, notamment par Madame Amrani-Mekki, qui considère à raison qu'une action collective pourrait judicieusement être menée ici (S. Amrani-Mekki, « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI siècle. – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G* 2016, p.1340).

¹⁵⁶⁸ Décisions relatives à la matière immobilière : TGI Nanterre, 14 mai 2018 RG 14/11846 ; TGI Paris janv. 2016, n° RG : 15/00835, suivie de CA Paris, pôle 4, chambre 3, 9 nov. 2017, n° 16/05321. Une autre action de groupe, engagée par l'association SLC-CSF à l'encontre de Paris-Habitat OPH le 14 octobre 2014, a fait l'objet d'un protocole transactionnel en avril 2015, qui a permis le remboursement des usagers par le biais d'une réduction des charges locatives (v. M. J. AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives. Revue de presse », *JCP E*, n° 50, 13 Décembre 2018, 1637).

¹⁵⁶⁹ V. not sur la question : Ph. Gosselin et L. Vichnievsky, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, Assemblée nationale, 11 juin 2020.

de la vente d'un bien ou de la fourniture de services¹⁵⁷⁰, à condition que la violation soit le fait d'un professionnel et qu'au moins deux victimes aient subi le même type de dommages. Toutefois, cela se révèle n'être qu'apparences, la suite du texte conduisant à en restreindre considérablement l'applicabilité. La traduction la plus manifeste de la volonté d'encadrement de l'action de groupe se trouve en effet dans le contenu de l'indemnisation. En effet, seuls les préjudices matériels peuvent être indemnisés par le biais de cette procédure, dès lors qu'ils ont été subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d'un ou des mêmes professionnels, à leurs obligations contractuelles à l'occasion de la vente de bien ou de fournitures de services. Sont alors exclus les préjudices moraux, tout comme les préjudices liés aux atteintes à l'intégrité corporelle. De fait, cela excluait automatiquement les litiges opposant les consommateurs aux laboratoires pharmaceutiques, dont le fort lobbying jouait à l'époque. Cette approche restrictive a été justifiée par le fait que les préjudices corporels et moraux supposent une plus grande personnalisation et non un traitement uniforme de l'indemnisation. Pour autant, les expériences étrangères montrent que l'action de groupe peut tout à fait prendre en compte ce type de préjudices et que le choix adopté par le législateur français relève plus d'un choix de politique juridique que d'une impossibilité technique, adopté de la sorte pour en garantir le succès, comme l'affirme Monsieur Daniel MAINGUY¹⁵⁷¹.

466. La réparation exclusivement recherchée. Différence majeure avec les class action anglosaxonnes, l'objet de l'action de groupe est bien l'indemnisation des préjudices matériels subis, comme le gain manqué, la perte éprouvée, etc. Il n'est en aucune façon question ici de punir le professionnel, ni de sanctionner les profits réalisés¹⁵⁷², il doit simplement réparer le dommage subi. C'est en cela que l'action de groupe a bien sa place comme une procédure civile construite dans le but d'obtenir une sanction civile et qu'elle n'est pas invocable devant les juridictions administratives et pénales. Néanmoins, ce choix de l'indemnisation plutôt que de la punition va conduire à limiter le développement de l'action de groupe, notamment face aux

¹⁵⁷⁰ Cela signifie que l'action de groupe pourrait être menée en défense de consommateurs victimes de professionnels dans des contrats aussi variés tels que ceux liés à la souscription d'une assurance, d'un crédit, de transport de personnes ou de biens, d'une cession de titres ou de créances, etc. En outre, au regard de la formulation assez large, tant les règles du Code de la consommation que du Code civil entrent dans le champ d'action de l'action de groupe.

¹⁵⁷¹ D. Mainguy, *op. cit.*, p.51. Monsieur Daniel Mainguy regrette l'archaïsme de cette dissociation, qu'il juge archaïque, et affirme que le préjudice moral et le préjudice corporel sont en fait des préjudices matériels car ils se soldent par une indemnisation. Difficile d'ailleurs pour les victimes d'en faire la différence.

¹⁵⁷² Cela constitue une différence majeure d'avec le droit québécois ici.

dommages diffus, visant un groupe déterminé de personnes ou de masse mais dont la somme est tellement faible à titre individuel qu'il est douteux que des actions de groupe soient introduites dans ces cas¹⁵⁷³.

Le champ d'application restrictif de l'action de groupe se combine à une procédure très encadrée et particulièrement longue, conduisant de fait les associations à y recourir de manière très mesurée, puisqu'en juin 2020, seules 14 actions de groupe avaient été comptabilisées en matière de consommation¹⁵⁷⁴.

b. Une procédure encadrée et longue

467. Une procédure longue et encadrée. L'une des principales critiques adressées à l'encontre de l'action en représentation conjointe était l'obligation d'obtenir les mandats de la part des consommateurs afin de pouvoir introduire l'action. L'action de groupe vient opportunément faciliter l'action collective en défense des droits individuels en instaurant une première phase procédurale dans le cadre de laquelle les associations de défense des consommateurs habilitées¹⁵⁷⁵ n'ont pas à recueillir de mandats des victimes avant d'introduire l'instance. En outre, si la loi et le décret sont restés muets quant au nombre minimum de victimes nécessaires à l'introduction de l'action, la circulaire affirme que seules deux suffisent. Toutefois, on doute qu'une telle action soit déclenchée pour un nombre trop faible de demandes, le juge devant se prononcer dans la première phase de la procédure sur le bien-fondé de ces dernières.

La procédure de l'action de groupe, qui va se diviser en trois grandes phases, va néanmoins se conduire au sein d'une seule et même instance, qui va aller de la phase contentieuse à la phase de liquidation en passant par la phase d'indemnisation¹⁵⁷⁶. Lors de la phase contentieuse,

¹⁵⁷³ V. notamment sur cette question : G. Raymond, *Droit de la consommation*, p.665, n°665. Il avait été proposé en 1990 que dans le cas de dommage diffus, une évaluation globale soit faite et que la somme récupérée aille dans un fonds d'aide aux consommateurs : *Proposition pour un contrat de la consommation*, La Documentation française, 1990 (art. L.280).

¹⁵⁷⁴ Ph. Gosselin et L. Vichnievsky, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, Assemblée nationale, 11 juin 2020.

¹⁵⁷⁵ Seules les associations de consommateurs agréées, au nombre de quinze, sont habilitées à agir dans le cadre de l'action de groupe. Cette restriction a été fortement critiquée, notamment par les avocats qui pensaient pouvoir mener de telles actions. Cela a d'ailleurs été fortement critiqué par le Conseil national des barreaux. Le choix a néanmoins été fait, dans la lignée de ce qui existait pour l'action en représentation conjointe, de maintenir les seules associations agréées et représentatives au niveau national, ce pour plusieurs raisons : éviter les demandes fantaisistes ou abusives, éviter les difficultés constitutionnelles ou conventionnelles, notamment liées au principe « nul ne plaide par procureur ».

¹⁵⁷⁶ Nous reprenons ici la terminologie usitée par Monsieur Yves Picod : Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 565 et s., n°703 et s..

autrement appelée phase de jugement, l'association va introduire l'action de groupe devant le tribunal de grande instance, seule juridiction compétente en la matière¹⁵⁷⁷, en présentant les cas de quelques victimes, pour justifier le déclenchement de l'action et engager la responsabilité du professionnel. Cette première phase va se révéler déjà assez longue, puisque le juge de la mise en état va pouvoir être saisi pour instruire le dossier¹⁵⁷⁸, tandis qu'une médiation peut être menée entre l'association et le professionnel poursuivi¹⁵⁷⁹. Lors de cette phase, le juge saisi va devoir vérifier tant la recevabilité de l'action que la responsabilité du professionnel. En outre, si la responsabilité du professionnel devait être établie, le juge devrait alors fixer le montant de l'indemnisation, délimiter le groupe de victimes pouvant obtenir réparation de ses préjudices, et les modalités de publicité nécessaires afin que les contractants lésés se fassent connaître.

Une fois le jugement rendu, débute normalement la phase d'indemnisation. Cependant, il faut attendre l'épuisement des voies de recours, ce qui va accroître une nouvelle fois les délais. Le professionnel dont la responsabilité est engagée doit alors procéder à la publicité¹⁵⁸⁰, qui doit durer de deux à six mois. C'est seulement à ce moment que les consommateurs, contractants victimes de la violation des obligations légales ou contractuelles par le professionnel, vont être amenés à intégrer l'action de groupe, par la technique de l'*opt-in*¹⁵⁸¹ : ils décident volontairement d'intégrer la procédure afin d'obtenir l'indemnisation de leur préjudice¹⁵⁸². Ils doivent alors se mettre en contact avec l'association ou directement avec le professionnel.

¹⁵⁷⁷ La compétence exclusive du tribunal de grande instance confine l'action de groupe aux juridictions civiles, elle ne peut donc pas être exercée devant les juridictions pénales ou administratives, même agissant sur les intérêts civils (exception faite pour cette dernière de la nouvelle action de groupe possible depuis la loi Justice 21 de novembre 2016). Cette compétence traduit également l'importance accordée à l'action de groupe, car au regard des montants en jeu, la compétence du tribunal d'instance devrait normalement être de rigueur (v. not. J. Julien, *Droit de la consommation*, LGDJ, coll. Précis Domat, 3^e éd., 2019 p.693, n°476 et s.).

¹⁵⁷⁸ Cette saisine du juge de la mise en état a déjà fait l'objet d'un recours devant les juridictions civiles, un professionnel remettant en cause sa capacité. Par une décision du 27 juin 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation a ainsi confirmé la solution des juges du fond en considérant qu'il relevait bien de la compétence du juge de la mise en état de vérifier le contenu de l'assignation. Les juges du fond avaient affirmé sa compétence, expliquant que les règles du Code de procédure civile s'appliquent à la procédure de l'action de groupe. Toutefois, la Cour de cassation tempère en précisant qu'il n'appartient pas à ce magistrat d'apprécier la pertinence de l'assignation. (Cass. civ. 1^{re}, 27 juin 2018, n°17-10.891. V. not. M. Kebir, « Action de groupe : étendue du pouvoir de vérification du juge de la mise en état », *D. actualité*, 16 juill. 2018).

¹⁵⁷⁹ Si les parties parviennent à un accord grâce à la médiation, le juge homologuera la convention, ce qui mettra fin à la procédure. À l'heure actuelle, une action de groupe s'est conclue grâce à une médiation, celle engagée par l'association SLC-CSF contre Paris-Habitat OPH, dans laquelle était contestée la perception de frais indus de télésurveillance.

¹⁵⁸⁰ Si le professionnel ne s'y soumet pas, l'association requérante peut s'y substituer et effectuer elle-même les modalités publicitaires aux frais du professionnel.

¹⁵⁸¹ Sur distinction entre *opt-in* et *opt-out*, v. notamment : D. Mainguy, *op. cit.* ; G. Paisant, *Droit de la consommation*, PUF, coll. Thémis Droit, 2019, p.312, n°282.

¹⁵⁸² Ils peuvent à tout moment choisir de quitter ce groupe également.

Enfin, si le professionnel décide de ne pas payer le contractant s'estimant victime, le retour devant le juge du tribunal judiciaire s'avère indispensable, dans une phase que l'on appelle la phase de liquidation, au sein de laquelle le juge constate la fin de l'action et tranche les éventuels litiges restants le cas échéant¹⁵⁸³.

Un constat s'impose : la multitude d'étapes au sein de la procédure de l'action de groupe conduit à un processus d'une extrême longueur, pour des sommes récupérées souvent assez faibles à titre individuel, du fait de la délimitation restrictive des préjudices indemnisables, et donc une sanction quasi inexistante. Au surplus, les contractants devront agir à titre individuel pour obtenir réparation des éventuels autres préjudices, comme les préjudices moraux ou corporels. La simplicité procédurale mise en avant en faveur des contractants victimes se trouve donc toute relative et laisse à tout le moins assez perplexe en vue d'obtenir une sanction civile.

468. La possibilité d'agir par le biais d'une action simplifiée dans certaines situations.

Le législateur a également mis en place une procédure dite simplifiée¹⁵⁸⁴, qui devrait permettre de raccourcir les délais. À la différence de l'action de groupe normale, l'identité et le nombre des consommateurs lésés sont connus¹⁵⁸⁵. En outre, les consommateurs doivent avoir subi un préjudice d'un même montant : soit identique par prestation rendue, soit d'un montant identique par référence à une période ou à une durée. Il n'est pas nécessaire dans le cadre de cette action de procéder à une large publicité, puisqu'il s'agira ici d'une information individuelle, aux frais du professionnel. En tout état de cause, les contractants victimes sont, comme pour la procédure normale, susceptibles de refuser d'intégrer l'action de groupe et d'agir à titre individuel, même si cela semble peu probable.

469. Les premières expériences décevantes de l'action de groupe. Les premiers recours à l'action de groupe appellent plusieurs remarques. Premièrement, le nombre de procédures n'est qu'à moitié satisfaisant. Le succès de l'action de groupe a pu apparaître au rendez-vous à l'issue de la première année, la Secrétaire d'État près du Ministre de l'Économie, Madame Martine PINVILLE, se félicitant de la mobilisation des associations de consommateurs qui avaient déjà engagé six actions et saluant ainsi « *la mobilisation des associations de consommateurs qui se sont*

¹⁵⁸³ Le jugement est alors opposable aux autres associations, qui ne pourront plus agir sur le même fondement. En revanche, les victimes pourront, à titre individuel, toujours agir en justice en défense de leurs droits.

¹⁵⁸⁴ C. consom., art. L. 623-14 et s. et R. 623-11 et s.

¹⁵⁸⁵ Si l'identité des consommateurs est connue avant le jugement sur la responsabilité du professionnel, c'est bien la procédure de l'*opt-in* qui est également ici en vigueur, postérieure au dit jugement.

emparées de ce dispositif, qui permet de rééquilibrer les relations entre consommateurs et professionnels »¹⁵⁸⁶, seulement un an après l'entrée en vigueur de la loi. Toutefois, cet enthousiasme est largement à relativiser après près de quatre ans de pratique. Actuellement, seules quatorze actions de groupe ont été enclenchées en matière de consommation¹⁵⁸⁷ par cinq associations différentes¹⁵⁸⁸, soit seulement cinq de plus que fin 2016¹⁵⁸⁹, tandis que trois procédures en droit de la santé ont été introduites¹⁵⁹⁰. Deux actions ont pu trouver pour le moment une issue positive pour les consommateurs, se matérialisant par une transaction entre les associations de consommateurs et les professionnels, Paris Habitat¹⁵⁹¹ d'une part et Free Mobile d'autre part¹⁵⁹². Dans une autre affaire, bien que l'association ait été reconnue recevable à agir, la responsabilité du professionnel

¹⁵⁸⁶ Communiqué de presse Ministère de l'Économie, « L'action de groupe a un an : un dispositif qui a déjà fait ses preuves », 1^{er} octobre 2015, <https://www.economie.gouv.fr/action-groupe-procedure-indemnisation-dossiers> ; JCP G 2015, 1092.

¹⁵⁸⁷ Le choix de l'action de groupe a été réalisé pour agir contre des professionnels dans des domaines divers, comme en matière immobilière, téléphonie mobile, assurance-vie, automobile, ou encore bancaire.

¹⁵⁸⁸ Parmi les quinze associations agréées de consommateurs compétentes pour agir dans le cadre de l'action de groupe, l'UFC-Que Choisir, la SLC-CSF, CNL, CLCV, ainsi que Familles Rurales ont déjà introduits des actions de groupe.

¹⁵⁸⁹ Ce chiffre a été énoncé dans un rapport de l'Assemblée nationale de 2016 : Assemblée nationale, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, octobre 2016. Toutefois, il ne semble pas avoir évolué depuis, montrant une stagnation inquiétante de cette procédure.

¹⁵⁹⁰ La première action de groupe en matière de santé concerne l'antiépileptique Dépakine ou valpoate de Sodium, qui fut prescrit à de nombreuses femmes enceintes, causant aux fœtus des atteintes neurologiques importantes, des retards psychomoteurs et même de l'autisme. Elle a été introduite par l'association APESAC contre le laboratoire SANOFI devant le Tribunal de grande instance de Paris le 13 décembre 2016, avec quatorze dossiers pour appuyer leur demande (v. notamment : <https://www.apesac.org>). La première chambre civile de la Cour de cassation s'est prononcée dans ce dossier dans un arrêt du 27 novembre 2019, en retenant la défectuosité du produit de la société SANOFI (Cass. civ. 1^{re}, 27 nov. 2019, n°18-16-537 ; *D. actualité*, 17 déc. 2019, note Solenne Hortala). La deuxième action de groupe introduite dans ce domaine vise le Laboratoire Bayer. Il lui est reproché une faute de vigilance et la commercialisation de produits défectueux, à savoir les implants contraceptifs Essure. L'action a cette fois-ci été introduite par l'association RESIST, devant le tribunal de grande instance de Bobigny le 8 mars 2018. En parallèle, une action similaire existe également aux Etats-Unis, avec des milliers de plaignants contre ce même laboratoire. Il est à noter que ces deux associations sont conseillés par le même avocat, Maître Charles Joseph-Oudin, qui s'est spécialisé dans la révélation de scandales sanitaires (notamment l'affaire du Médiateur) et la défense des victimes en découlant. Dès lors, il est encore difficile de savoir si cette action de groupe suscite l'intérêt de tous les praticiens (v. notamment : P. Jolly, *Le Monde*, 24 mars 2018).

¹⁵⁹¹ TGI Paris, 19 mai 2015. En l'espèce, il a pu être transigé que l'organisme ne récupérerait plus à partir de la date de la transaction les sommes indûment perçues au titre des frais liés au dispositif de télésurveillance des ascenseurs et que les consommateurs concernés pourraient se voir rembourser les sommes versées au titre des exercices 2013 et 2014. L'association SLC-CSF obtient lors de ce protocole transactionnel près de deux millions d'euros (sur les trois millions voulus initialement) à la suite des négociations qui ont duré plusieurs mois. <http://sosconso.blog.lemonde.fr/2015/05/20/laction-de-groupe-contre-paris-habitat-abandonnee-apres-une-transaction>.

¹⁵⁹² Les négociations engagées entre l'association UFC-Que Choisir et Free Mobile firent l'objet d'un accord homologué par les juges du fond. L'action concernait la qualité des services mobiles 3G de Free Mobile sur la période allant du 20 janvier 2012 au 20 octobre 2015. Seuls les consommateurs n'ayant pas encore résilié leur ligne peuvent bénéficier de cet accord, et de l'indemnisation, qui s'élève à 1€ par mois de désagrément, dans la limite de 12€ maximum, ce qui est relativement peu. <https://www.quechoisir.org/conseils-accord-ufc-que-choisir-free-mobile-foire-aux-questions-sur-l-indemnisation-n43632/> ; <https://www.nextinpact.com/brief/l-ufc-que-choisir-lance-une-action-de-groupe-contre-free-mobile-8062.htm>. Au total, 141 632 abonnés ont pu bénéficier de cette indemnisation (<https://www.quechoisir.org/questions-juridiques-qualite-de-service-mobile-bilan-de-l-accord-ufc-que-choisir-free-mobile-141-000-abonnes-indemnises-dans-le-cadre-de-l-action-de-groupe-n47092>).

ne fut pas établie par le tribunal de grande instance de Paris¹⁵⁹³. Dans une troisième action jugée¹⁵⁹⁴, l'association a cette fois été déclarée irrecevable à agir, les juges du fond estimant que le litige n'entrait pas dans le champ d'application de l'action de groupe, à savoir la loi de 1989 sur les rapports locatifs, ce qui avait pourtant été affirmé par le ministre de l'Économie Benoît HAMON lors des débats parlementaires¹⁵⁹⁵. Dernièrement, dans deux affaires de mai 2021¹⁵⁹⁶, la Cour d'appel de Versailles a rejeté deux actions de groupes menées respectivement par la CLCV et par l'UFC-Que choisir. Ce premier bilan laisse donc plus que perplexe l'observateur de cette action, qui n'a pas encore été en mesure de passer le cap de la première phase et du jugement de responsabilité du professionnel. Les parties ne semblent donc pas se presser vers l'action de groupe, ce qui nuit à l'effectivité qui était envisagée de la législation consumériste et l'application des sanctions encourues.

Deuxièmement, les critiques qui innervent l'action en représentation conjointe se retrouvent au moins pour partie dans le cadre de l'action de groupe : la lourdeur logistique et les coûts liés à la mise en œuvre de cette action en défense des intérêts individuels impactent forcément les associations qui souhaiteraient agir. D'ailleurs, une responsable de l'association Familles rurales s'est exprimée sur ce point, affirmant qu'il fallait pour chaque action de groupe avancer au minimum 50 000€, en temps de travail, frais d'avocat, suivi des consommateurs (...) ». Elle affirme alors qu'ayant deux actions de groupe en cours, il lui est impossible de s'engager dans une troisième. Comme pour l'action en représentation conjointe, les associations agréées ne reçoivent aucune indemnité à la suite de l'action de groupe ; tout au plus peuvent-elles, en cas

¹⁵⁹³ Il s'agissait en l'espèce de l'affaire UFC-Que Choisir contre BNP Paris Personnal Finance. L'association avait introduit une action de groupe en vue d'obtenir, pour les consommateurs concernés l'indemnisation à la suite de la commercialisation d'un crédit immobilier en francs suisses et des pratiques commerciales de nature à induire en erreur les consommateurs sur le caractère sécurité du crédit. La forte augmentation du taux du franc suisse avait conduit à une hausse très forte des sommes à rembourser. Le tribunal de grande instance de Paris a estimé que la responsabilité du professionnel n'était pas démontrée par l'association : TGI Paris, 1^{re} chambre actions de groupe, 20 déc. 2017, n°16/13225 ; M. J. AZAR-BAUD, « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives. Revue de presse », *JCP E*, n° 50, 13 Décembre 2018, 1637.

¹⁵⁹⁴ TGI Nanterre, 8^e chambre, 14 mai 2018, n°14/11846. Dans une autre affaire, le TGI de Paris a retenu que l'action engagée dans le cadre d'un contrat de location immobilière était recevable (TGI Paris, 27 janv. 2016, n°15/00835, *D.* 2016, 1690, note B. Javaux ; *JA* 2016, n°545, p.9, obs. X. Delpech). Un appel a été interjeté et la Cour d'appel infirma le jugement rendu (CA Paris, pôle 4, ch. 3, 9 nov. 2017, n°16/05321, *D.* 2017, p. 2368 ; *JA* 2018, n°71, p.11, obs. X. Delpech ; *RTD civ.* 2018, p.149, obs. P.-Y. Gautier). La Cour de cassation est venue finalement trancher le litige en considérant que le contrat de location de logement ne constitue pas un contrat de fourniture de services (Cass. civ. 1^{re}, 19 juin 2019, n°18-10.424 ; *D actualité* 5 juillet 2019, note A. Danton).

¹⁵⁹⁵ Monsieur Benoit HAMON affirmait alors que : « Le locataire est un consommateur qui peut parfaitement faire valoir ses droits par une action de groupe et obtenir réparation du préjudice subi du fait du manquement d'un bailleur professionnel ou d'un syndic à leurs obligations légales ou contractuelles. J'espère que les éléments de notre débat aideront les juges dans l'appréciation de la recevabilité de ce type de procédure », *Débat en Commission des Affaires économiques de l'Assemblée nationale du 11 juin 2013 sur l'examen du projet de loi relatif à la consommation* (n° 1015).

¹⁵⁹⁶ CA Versailles, ch. 3, 6 mai 2021, n°20/05.165 et CA Versailles, 20 mai 2021, n°18/04462.

de reconnaissance de la responsabilité du professionnel, obtenir le remboursement des frais de procédure, quand ce ne sont pas elles qui sont condamnées à verser les dépens au professionnel dont la responsabilité n'a pas été retenue¹⁵⁹⁷. Cela va alors conduire les associations à se montrer très prudentes dans le choix des actions de groupes menées, pour ne retenir que les litiges donnant lieu à des indemnisations intéressantes avec un grand nombre potentiel de victimes à indemniser¹⁵⁹⁸.

Troisièmement, le mécanisme de l'action de groupe induit des délais procéduraux particulièrement longs, entre les propositions de médiations, la nécessité d'épuisement des voies de recours à la suite du jugement sur la responsabilité du professionnel avant la mise en œuvre de la publicité¹⁵⁹⁹, la phase de mise en état et les éventuels litiges inhérents aux demandes des contractants s'estimant victimes. La procédure de l'action de groupe semble donc condamnée à être très chronophage, que ce soit pour les juridictions ou les associations et qui repousse également d'autant la réparation des préjudices des victimes, qui pourraient être démobilités par des temps de procédures jugés interminables, surtout lorsque le montant individuel de l'indemnisation reste assez faible¹⁶⁰⁰. En outre, comme il a déjà été soulevé, le préjudice indemnisé ne sera souvent pas l'entier préjudice subi, le contractant victime devra alors, s'il veut obtenir une totale réparation des dommages subis, agir tant dans le cadre de l'action de groupe qu'à titre individuel, notamment lorsqu'en matière de consommation, un préjudice moral peut être constaté ou corporel.

L'avenir de l'action de groupe va également devoir se conjuguer à l'international. Non seulement la question des actions de groupes internationales pose des difficultés quant à la composition

¹⁵⁹⁷ TGI Paris, 1^{re} chambre actions de groupe, 20 déc. 2017, n°16/13225. Dans le cadre de cette affaire, la responsabilité du professionnel n'ayant pas été retenue, la juridiction du fond a condamné l'association au versement de la somme de 3 000 € au titre des dépens.

¹⁵⁹⁸ M.-J. Azar-Baud, « De l'inaction aux actions de groupe : nouveaux enjeux », *D.* 2017, p.152.

¹⁵⁹⁹ A titre d'exemple, dans le cadre d'une action de groupe introduite par l'association CLCV contre les sociétés AXA et AGIPI le 28 octobre 2014 devant le TGI de Nanterre, les deux sociétés défenderesses ont formé un incident devant le juge de la mise en état afin de voir déclarer nulle l'assignation, pour n'avoir pas suffisamment « explicité le cas de chacun des adhérents inclus dans le groupe visé ». Le juge de la mise en état, par ordonnance du 8 janvier 2016, a rejeté ces demandes mais les sociétés ont interjeté appel, qui fut étudié par la Cour d'appel de Versailles le 3 novembre 2016, laquelle rejeta également leurs prétentions. Ce faisant, après plus de deux ans de procédure, nulle décision sur le fond, la responsabilité du professionnel, n'avait encore été prise (CA Versailles, 3 nov. 2016, n°16/00463 ; *D.* 2017, p.630).

¹⁶⁰⁰ La Cour des comptes soulève d'ailleurs cette difficulté dans un référé rendu public en avril 2017, dans lequel elle insiste également sur le peu de procédures introduites jusque-là : Cour des comptes, *L'action de la DGCCRF en matière de protection économique du consommateur*, Référé n°2019-3908, 18 déc. 2017 ; Marie Bellan, « Protection des consommateurs : la Cour des comptes prône le "name and shame" », *Les Échos*, 12 mars 2018.

du groupe, au juge compétent ou à la loi applicable¹⁶⁰¹ mais, au surplus, les exigences européennes relatives aux procédures de défense des intérêts collectifs des consommateurs et en défense collective de leurs intérêts individuels¹⁶⁰² risquent d'entraîner une nécessité d'harmonisation dans les années à venir¹⁶⁰³.

Au regard de ce qui vient d'être énoncé, il paraît indéniable que l'action de groupe, bien que constituant en théorie une avancée procédurale certaine en vue de l'effectivité de la protection des droits individuels du consommateur, s'avère en pratique encore être une réalité assez timide. Elle ne permet pas la garantie d'un accès à la sanction civile, par son domaine d'action restreint et sa mise en œuvre complexe. Pire, ainsi que l'exprime Monsieur Yves PICOD, l'opportunité des poursuites en matière d'action de groupe sera une question permanente de politique juridique laissée à l'appréciation des « nouveaux procureurs »¹⁶⁰⁴, à savoir les associations agréées, habilitées pour agir. Un bilan des premières années d'existence de cette procédure, prévue par la loi instigatrice de l'action de groupe et vivement souhaitée par la Cour des comptes à l'échéance de fin 2018¹⁶⁰⁵, constitue une étape obligatoire pour renforcer l'efficacité du droit des contrats.

470. L'action de groupe du droit de la consommation, une inspiration. Le domaine des actions de groupe s'est peu à peu élargi dans le champ juridique français. D'une part, le législateur a accordé la possibilité de mettre en œuvre cette procédure en matière de santé et d'environnement dès 2016. Puis, cela a également été étendu aux discriminations et en matière immobilière, pour pallier les premiers échecs des premières actions de groupes menées en matière de baux d'habitations et rejetées par les différentes juridictions. Le bilan reste malgré tout assez mitigé. La première action de groupe en matière de discriminations vient de subir un

¹⁶⁰¹ M.-J. Azar-Baud, « De l'inaction aux actions de groupe : nouveaux enjeux », *op. cit.*.

¹⁶⁰² Recommandation de la Commission 2013/396/UE du 11 juin 2013, relative à des principes communs applicables aux mécanismes de recours collectifs en cessation et en réparation dans les Etats membres en cas de violation des droits conférés par le droit de l'Union (en particulier n°10 et s.).

¹⁶⁰³ Sur cette question, v. notamment, J. J. Julien, *Droit de la consommation, cit.*, p. 703 et s., n°487 et s..

¹⁶⁰⁴ Y. Picod et N. Picod, *Droit de la consommation, op. cit.*, n°665.

¹⁶⁰⁵ Cour des comptes, *L'action de la DGCCRF en matière de protection économique du consommateur, Référé n°2019-3908*, 18 déc. 2017.

premier revers avec le rejet de cette action par le tribunal judiciaire de Paris dans un jugement du 15 décembre 2020¹⁶⁰⁶.

Ces différentes possibilités de mettre en œuvre l'action de groupe en droit français montrent l'intérêt actuel que le législateur lui porte, à tel point qu'une proposition de loi a été établie en septembre 2020 par des députés dans le sens d'une modification de la procédure afin d'en faciliter l'accès et d'accroître sa portée¹⁶⁰⁷. Cette proposition de loi, à l'initiative des deux députés rapporteurs du *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, préconise notamment la création d'un régime unique, l'élargissement de la qualité à agir en donnant compétence non seulement aux associations dont l'objet social inclut celui du litige et ayant au moins deux ans d'existence, mais également aux « associations *ad hoc* composées d'au moins cinquante personnes physiques ou d'au moins dix entreprises constituées sous la forme de personnes morales et ayant au moins deux ans d'existence »¹⁶⁰⁸. Le rapport voudrait même aller plus loin en laissant la possibilité aux personnes morales de droit privé et de droit public (à l'exception de l'Etat) d'intenter par l'intermédiaire d'une association, une action de groupe. Cela permettrait en effet aux petites entreprises, en situation de faiblesse, de se regrouper face aux géants de la distribution notamment pour faire valoir leurs droits. Afin de garantir une meilleure visibilité le rapport préconise également la création d'un registre des actions de groupe, élément que nous ne pouvons que cautionner, car cela permettrait une meilleure lisibilité pour les consommateurs et autres demandeurs. De plus, il s'agirait d'autoriser la publicité des actions de groupe par les associations afin d'identifier les éventuelles victimes et leur permettre de rejoindre l'action de groupe plus facilement. Parmi les autres propositions effectuées, celle de l'élargissement de la réparation semble indispensable, afin de prendre en charge l'entièreté des préjudices. En revanche, il convient d'être plus mesuré sur la proposition n°9 relative à la sanction de la faute lucrative. Encore une fois, le législateur a tendance à inclure dans les sanctions civiles des sanctions qui ne le sont plus : l'amende civile ne peut pas constituer une sanction civile mais bascule définitivement du côté des sanctions non civiles. La vigilance est

¹⁶⁰⁶ TJ Paris, 15 déc. 2020, n°18/04508 ; X. Delpech, « A la une – Relations individuelles de travail – Faux départ pour l'action de groupe « discrimination » », *Juris associations* 2021, p.10 ; M. Peyronnet, « L'action de groupe « discrimination » a déjà atteint ses limites », *D. actualité* 2021, 11 janv. 2021 ; Ch. Radé, « Pschitt au pays des discriminations », *D. soc.* 2021, p.97.

¹⁶⁰⁷ *Proposition de loi n°3329 du 15 septembre 2020 pour un nouveau régime de l'action de groupe*, Assemblée Nationale, présentée principalement par Madame Laurence Vichnievsky et Philippe Gosselin, députés, ainsi que soixante-dix autres députés.

¹⁶⁰⁸ Ph. Gosselin et L. Vichnievsky, *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, Assemblée nationale, 11 juin 2020, Proposition n°2.

alors de mise afin de protéger toutes les parties en leur octroyant les droits fondamentaux indispensables à la bonne tenue d'un procès¹⁶⁰⁹.

471. Conclusion de section. Selon Messieurs Jean Calais-Auloy, Henri Temple et Malo Depincé, les associations agréées ont exercé de nombreuses actions depuis que ce droit leur a été accordé par la Loi Royer, que ces associations soient locales ou régionales¹⁶¹⁰. Cependant, laisser toute la place aux associations à défaut d'une procédure civile individuelle n'est pas satisfaisant. Au contraire, il faut renforcer l'attractivité de la procédure civile en remédiant aux lacunes soulignées afin de lui redonner tout le dynamisme qui lui appartient. Cependant, il ne faut pas non plus abandonner ni négliger les recours collectifs, indispensables pour une bonne exécution de la justice et qui viennent comme un véritable support pour les contractants plus faibles qui n'oseraient pas agir par eux-mêmes. Au contraire, il faut renforcer la possibilité pour les associations d'agir en défense des contractants, consommateurs ou entreprises, en vue d'obtenir réparation de leurs préjudices et d'obtenir la cessation des comportements illicites. Cela se fera au prix d'une meilleure adaptation des règles propres à ces recours et en une plus grande confiance accordée au système juridique français et à ses acteurs. Ouvrir plus largement les actions collectives et les actions en défense des intérêts individuels des agents économiques ne conduira pas au raz-de-marée d'actions craint en regard de l'expérience nord-américaine. L'adaptation des procédures des recours collectifs français passe par un nécessaire assouplissement des conditions d'action et par une meilleure sanction encourue, afin de conserver l'attrait de ces procédures. À défaut, le contractant se sent délaissé et il ne lui laisse que deux choix : abandonner toute idée de recours ou se tourner vers les actions non civiles. Cependant, ces dernières ne sont pas non plus exemptes de lacunes, ce qui explique que malgré de nombreuses dispositions législatives invitant à la sanction non civile, le prononcé de ces sanctions reste très mesuré.

¹⁶⁰⁹ Cf. *infra*, n°581.

¹⁶¹⁰J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, n°697, p.736.

Section 2. Les procédures répressives, entre limites et déficiences

472. Présentation. La sanction est la solution ultime pour régler un différend. Elle est souvent synonyme de point final. La sanction non civile ne déroge pas à la règle, même si les conditions d'exécution de cette sanction varient souvent, notamment au regard de sa nature. Concluant le cheminement entrepris pour parvenir à solutionner un litige, il arrive que ce chemin soit interrompu par différentes circonstances de fait ou procédurales. Il en est ainsi de toutes les procédures alternatives, à savoir les médiations, transactions, et autres injonctions¹⁶¹¹. La matière pénale est particulièrement familière de ces systèmes, et cela est renforcé par le principe de l'opportunité des poursuites du Ministère public.

Quant au rôle de la procédure administrative sur les sanctions non civiles, il est intéressant de lire une note d'octobre 2014 de la DGCCRF, qui affirmait alors que « les sanctions civiles et pénales prévues par le Code de commerce en matière de délais de paiement et de formalisme contractuel ne permettaient pas toujours d'aboutir à une sanction rapide et efficace des infractions et manquements constatés en la matière. Il convenait donc de faire évoluer le dispositif en permettant à l'autorité administrative compétente en matière de concurrence de disposer des moyens nécessaires à un traitement rapide des manquements et infractions relevés ». Cette affirmation appelle plusieurs commentaires. D'une part, bien que ces propos soient énoncés à l'encontre du droit de la concurrence, ils peuvent et même doivent être étendus au droit de la consommation. D'autre part, à travers ces quelques lignes transparaît une vérité de plus en plus incontestable : la mise en place de sanctions administratives n'a pas été instaurée en droit spécial des contrats pour leurs vertus et intérêts spécifiques qui se distingueraient des sanctions civiles et pénales. Non, il faut surtout rechercher l'intérêt de l'instauration des sanctions administratives dans les mécanismes propres à les prononcer et dans toutes les procédures en découlant : c'est donc en grande partie pour des raisons procédurales que la sanction administrative prend une place de plus en plus prépondérante en droit des contrats, influant dès lors sur toutes les sanctions, en particulier les sanctions non civiles, qu'elles soient pénales ou administratives. Cependant, les lacunes procédurales observées en matière

¹⁶¹¹ DGCCRF, note octobre 2014, cité par A. Berg-Moussa, « La loi HAMON un an après : volet 2B », *Revue Lamy droit des affaires*, n°108, 1^{er} octobre 2015.

civile n'échappent pas non plus à la matière non civile, même si elles sont de natures différentes. Ces différentes limites conduisent à une certaine incertitude de la sanction face aux spécificités procédurales (I), incertitudes qui se renforcent face au réalisme de la pratique (II).

I. L'incertitude de la sanction face aux spécificités procédurales

473. Présentation. La loi se veut binaire de bien des manières¹⁶¹². Une des idées principales soulevées est qu'à la commission d'un fait répréhensible correspond une sanction : cela répond de la normativisation du droit¹⁶¹³. Dans l'esprit commun, la sanction se présente comme une sorte de réponse quasi-automatique qui est apportée à la violation de la règle de droit par la juridiction rattachée au litige (ou à tout le moins à la règle de droit violée, étant entendu qu'en matière contractuelle, de mêmes faits sont susceptibles d'être punis par des sanctions de natures différentes). Or, la pratique se montre beaucoup moins catégorique dans la répression des contractants coupables de violations de relations contractuelles. Si l'on excepte les situations où le fait répréhensible n'est pas détecté, que ce soit par le cocontractant ou par les autorités publiques, il n'en reste pas moins que la sanction non civile encourue est rarement la sanction prononcée¹⁶¹⁴. Cette distorsion entre les textes de référence et la réalité pratique des sanctions prononcées à l'encontre des cocontractants malveillants interroge dès lors sur la force protectrice des sanctions encourues. Ne constituent-elles qu'un leurre ou bien sont-elles indispensables afin de donner un cadre, essentiel mais forcément voué à être distendu, aux pratiques contractuelles ? Les spécificités des domaines au sein desquels la sanction non civile évolue, à savoir le droit pénal et le droit administratif, participent grandement de l'incertitude qui règne autour du *quantum*, voire du prononcé ou de la réalité de la sanction. Tandis que le droit pénal, attaché à la caractérisation de certains éléments, se découvre de nouveaux outils procéduraux, renforçant le rôle pivot du Ministère public (A), les autorités administratives, représentées en matière contractuelle par les services de la DGCCRF, se voient octroyer de

¹⁶¹² Qu'il s'agisse de la dichotomie Droit privé/Droit administratif, de la distinction entre droit pénal et droit civil, ou de celle entre droit commun et droit spécial, le droit aime à opposer une notion à une autre, restant toujours dans un cadre binaire. Si certaines matières et domaines tendent à s'échapper de ce carcan, rattrapé par le monde juridique actuel, il n'en demeure pas moins qu'ils agissent toujours comme cadres de référence.

¹⁶¹³ Catherine Thibierge (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, LGDJ, Bruylant, 2009 Cf *supra*, n°309 et s.

¹⁶¹⁴ V. DGCCRF, *Bilan d'activité 2020*, Ministère de l'Economie, des finances et de la relance, 2021.

nouveaux pouvoirs dans la gestion du fait fautif et le sort de sa sanction (B), influant inéluctablement sur l'existence même de cette dernière.

A. Le rôle pivot du Ministère public

474. Présentation. Il s'agit ici de s'interroger sur le principe de l'opportunité des poursuites en matière contractuelle. Qu'il s'agisse du choix de ne pas recourir du tout à des poursuites dans le but d'éviter des coûts trop importants à une société déjà affaiblie, dans une région où cette entreprise constituerait un bassin d'emplois non négligeable¹⁶¹⁵, ou alors du choix de recourir à des procédures alternatives aux poursuites, à l'issue desquelles les sanctions prononcées seront en général minimisées, le rôle du Ministère public est fondamental. Toutefois, il ne va pas forcément dans le sens d'une optimisation de la sanction. Sans rejeter l'intérêt de ce principe et de ces différentes procédures alternatives et de poursuites, cela tempère l'intérêt de la fulmination de sanctions toujours plus sévères si leur application n'est que chimère.

475. La gestion des flux. Dire que les juridictions sont engorgées voire submergées et ont beaucoup de mal à gérer le flux des contentieux n'est en aucun cas une révélation et fait même dorénavant partie d'un lieu commun. Le législateur tente pourtant d'y remédier depuis de nombreuses années, créant des alternatives aux poursuites, voire des procédures alternatives, afin de juguler le nombre d'affaires présentées devant les juges du siège : de la médiation pénale à la transaction pénale sur l'action publique¹⁶¹⁶ en passant par la réparation pénale, la composition pénale ou la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, une grande variété se fait jour¹⁶¹⁷. Or, ces modes de règlement du contentieux pénal influent forcément sur la sanction prononcée, et particulièrement les deux dernières citées, qui accordent au Ministère public un rôle central¹⁶¹⁸. D'ailleurs, sept fois sur dix, la réponse pénale pour les personnes

¹⁶¹⁵ Julien Bétaille, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguergue, Elise Langelier, et al.. *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p. 8.

¹⁶¹⁶ La transaction pénale sur l'action publique issue de la loi du 15 août 2014, réalisée par un officier de police judiciaire peut être proposée dans un domaine plus restreint que la composition pénale, puisqu'elle peut être mise en œuvre dans le cadre des infractions suivantes : contraventions prévues par le Code pénal les délits prévus par le Code pénal et punis d'une amende, les délits prévus par le Code pénal et punis d'un an d'emprisonnement au plus (la filouterie peut alors y être éligible) les contraventions. Toutes les infractions devant se situer dans le Code pénal, cela en réduit particulièrement l'intérêt pour notre étude liée à la délinquance économique contractuelle pour laquelle les principales infractions se trouvent dans des textes spécifiques.

¹⁶¹⁷

¹⁶¹⁸ En matière économique et financière, il semble que les mesures alternatives et la composition pénale sont largement prépondérantes face aux poursuites quand les personnes poursuivies sont des personnes morales : 87%

morales est une mesure alternative¹⁶¹⁹. Le législateur recherche le développement de ces alternatives aux poursuites et innove dans la prise en charge de ces contentieux. Si la transaction par officier de police judiciaire (OPJ), créée par la Loi du 15 août 2014 à l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale, a déjà fait l'objet d'une suppression cinq ans plus tard par la loi de programmation 2018-2022 du 23 mars 2019, en raison de l'inconstitutionnalité du décret d'application du 13 octobre 2015 en fixant les modalités¹⁶²⁰, la convention judiciaire d'intérêt public, créée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite Loi SAPIN II, offre au Ministère public une vraie place dans le processus judiciaire et dans le prononcé de la sanction dans le cadre de certaines infractions économiques : la fraude fiscale et son blanchiment, la corruption le trafic d'influence et certaines entraves à l'exercice de la justice¹⁶²¹. Non encore applicable au droit économique contractuel, notre domaine, elle demeure intéressante car elle prévoit le versement d'une « *amende d'intérêt public dont le montant est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements* »¹⁶²². Faisant appel à ce que nous connaissons de l'amende proportionnelle¹⁶²³ tout en l'aménageant, le législateur nomme d'une quatrième manière l'amende, faisant de cette dernière la sanction privilégiée en matière économique¹⁶²⁴. Cette convention devra par la suite faire l'objet d'une homologation par un juge¹⁶²⁵.

L'existence de la sanction pénale est normalement soumise à l'existence du déclenchement de l'action publique. En son absence, pas de poursuites envisageables et donc aucune sanction possible. Si l'action publique peut classiquement être éteinte par le décès de l'auteur des faits punissables ou la prescription des faits commis, la composition pénale constitue une alternative aux poursuites susceptible d'y procéder également. Néanmoins, au contraire des deux premiers

des cas sont des mesures alternatives, 4% des compositions pénales : Ministère de la Justice, « Le traitement judiciaire des infractions commises par les personnes morales », *Infostat Justice*, août 2017, numéro 154, p. 4.

¹⁶¹⁹ Ministère de la Justice, « Le traitement judiciaire des infractions commises par les personnes morales », *Infostat Justice*, août 2017, numéro 154, p. 4.

¹⁶²⁰ V. not. sur la question : E. Verny, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Le cours Dalloz, 7^e éd., 2020, p.220 et s., n°334 et s.

¹⁶²¹ Ainsi que toutes les infractions qui leur seraient connexes.

¹⁶²² E. Verny, *Procédure pénale*, *op. cit.*

¹⁶²³ Cf. *supra*, n°189 et s.

¹⁶²⁴ Il est à noter qu'en présence d'une victime identifiée, l'auteur devra également réparer le préjudice subi par cette dernière. La convention déterminera le montant et les modalités d'indemnisation en cas de préjudice avéré et non encore réparé. L'intérêt porté ici à la victime est très intéressant.

¹⁶²⁵ CPP, art. 41-1-2.

modes d'extinction, la composition pénale qui est proposée au délinquant par le Ministère public, ne l'exonère pas de toute conséquence, puisque des « *mesures* »¹⁶²⁶ à son encontre sont prévues en contrepartie de l'extinction des poursuites, elle se rapproche donc fortement d'un mode de poursuite. L'influence du Ministère public sur la sanction en matière contractuelle ne s'arrête pour autant pas à cette procédure d'alternative aux poursuites. En effet, dans le cadre de la comparution préalable sur reconnaissance de culpabilité, « nouvelle forme de poursuite » pour Monsieur Jean-Paul CERE¹⁶²⁷, l'impact du procureur de la République sur la sanction est également majeur puisque c'est lui, et non le juge du siège, qui propose une peine au délinquant poursuivi qui a reconnu les faits. Du fait de ses fonctions, le Ministère public dispose en matière pénale d'une influence certaine sur la sanction, puisqu'il va non seulement être amené à agir sur la réalité de la sanction (1), mais également sur son *quantum* (2).

1. L'influence sur la réalité de la peine

476. Présentation. Le Ministère public a une importance primordiale en droit pénal et partant en droit pénal économique. Ce rôle va s'exprimer de plusieurs manières. Tout d'abord, il va se manifester par l'opportunité des poursuites, mais également dans le choix des procédures alternatives qu'il choisira de mettre en œuvre, empêchant ainsi le recours traditionnel au juge pour prononcer la sanction.

477. Le principe de l'opportunité des poursuites. Le système pénal français a fait le choix de l'opportunité des poursuites, au détriment de celui de la légalité des poursuites, au sein duquel le ministère public est dans l'obligation de poursuivre systématiquement toutes les infractions dont il a connaissance¹⁶²⁸. L'opportunité des poursuites laisse au contraire une latitude au procureur de la République de poursuivre ou non les dossiers dont il a connaissance, notamment en fonction des politiques pénales engagées nationalement ou plus localement, des flux de dossiers à gérer. Critiqué pour son risque d'arbitraire, il a pourtant été déclaré conforme à l'article 6 de la Convention Européenne de sauvegarde des droits de l'homme par un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation du 21 septembre 1993¹⁶²⁹, le Code de procédure pénale

¹⁶²⁶ Terminologie utilisée par le Code de procédure pénale dans l'article 41-2 consacré à la composition pénale.

¹⁶²⁷ J.-P. Céré, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Composition pénale », oct. 2004, n° 9.

¹⁶²⁸ L'Italie fait partie des pays européens à avoir choisi la légalité des poursuites. V. not. E. Mathias, *Les procureurs du droit...*, CNRS 1999, préf. M. Delmas-Marty.

¹⁶²⁹ Cass. crim., 21 sept. 1993 : *Gaz. pal.* 1993, 2, p.573.

encadrant ce rôle accordé au Ministère public¹⁶³⁰. Il permet une meilleure célérité de la justice, même si elle reste toute relative. Toutefois, cela peut conduire à occulter certains contentieux, particulièrement dans des bassins économiques fragiles¹⁶³¹.

478. Le principe de la composition pénale¹⁶³², une alternative aux poursuites n'entraînant pas de condamnation effective. Nouvelle version de l'injonction pénale¹⁶³³ retoquée par le Conseil Constitutionnel en 1994¹⁶³⁴, la composition pénale, créée par la Loi du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale¹⁶³⁵, a pour objectif principal de désencombrer les juridictions¹⁶³⁶ en prenant en charge le contentieux de masse, constitué d'infractions répétitives et peu graves. Monsieur Jean PRADEL affirme que cela visait à l'origine la délinquance urbaine, commise par des primo-délinquants¹⁶³⁷ et, au surplus, dont le contenu n'affectait pas gravement l'ordre public pour Monsieur Jean-Paul CERE¹⁶³⁸. Présentée comme une « alternative punitive » à la poursuite par les Messieurs Serge GUINCHARD et Jacques BUISSON¹⁶³⁹, la composition pénale se veut de nature transactionnelle¹⁶⁴⁰, le but étant de trouver une solution de compromis pour assurer l'Ordre public tout en proposant une réponse

¹⁶³⁰ CPP, art. 41-1

¹⁶³¹ Julien Bétaille, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguerge, Elise Langelier, et al.. *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p. 8.

¹⁶³² V. plus généralement sur la composition pénale : S. Grunvald et J. Danet, *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, coll. « Bibl. de droit », 2005 ; B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 26^e éd., 2017, n° 218, p. 186 et 187 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, 3^e éd., 2017, n° 396, p. 405 et 406 ; S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, 11^e éd., 2018, n° 1519 et s., p. 873 et s. ; J. PRADEL, *Procédure pénale*, Cujas, 19^e éd., 2017, n° 688, p. 646 et s. ; J.-P. Céré, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Composition pénale », oct. 2004.

¹⁶³³ Cette alternative aux poursuites a fait l'objet de nombreuses variations terminologiques au cours de sa période de création : l'« injonction pénale » avait été l'expression retenue dans le texte censuré par le Conseil constitutionnel en 1995 (*op. cit.*).

¹⁶³⁴ Déc. Cons. const. n° 95-360 DC du 2 février 1995, JO 7 février 1995, *RFD Const.* 1995.405, note T. S. Renoux, *D.* 1997, somm. 130, obs. T. S. Renoux, *RD publ.* 1996.56, obs. D. Rousseau, J. Volff, « Un coup pour rien ! L'injonction pénale et le Conseil constitutionnel », *D.* 1995, chron. n° 203.

¹⁶³⁵ Loi n° 99-515 du 23 juin 1999 renforçant l'efficacité de la procédure pénale, complétée par le Décret n° 2001-71 du 29 janvier 2001 relatif aux délégués et aux médiateurs du procureur de la République et à la composition pénale.

¹⁶³⁶ B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », 27^e éd., 2019, p.188, n°224.

¹⁶³⁷ J. Pradel, *Procédure pénale*, ...

¹⁶³⁸ J.-P. Céré, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « Composition pénale », oct. 2008 (actualisation avril 2021), n°5.

¹⁶³⁹ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 14^e éd., 2021, p.945, n°1580.

¹⁶⁴⁰ L. Mermaz, *Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n°1328 du 2 février 1999, p. 13.

pénale raisonnable pour le délinquant qui doit avoir impérativement reconnu les faits, en influant particulièrement sur la sanction infligée.

479. Modalités de la mesure. La composition pénale, possible tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, n'est en aucun cas une obligation pour le procureur de la République. Il s'agit en effet d'une simple possibilité pour le représentant du Ministère public. Cela s'inscrit dans une double volonté : fluidifier le contentieux tout en proposant une solution répressive modérée à l'individu qui a violé la loi pénale. Proposée par le procureur directement ou par un officier de police judiciaire¹⁶⁴¹, un médiateur dans une maison de la justice et du droit ou même par un agent de la DGCCRF¹⁶⁴² dans certains cas¹⁶⁴³, la composition pénale doit comporter la nature et le *quantum* des mesures proposées écrites et signées par le procureur. L'individu, qui dispose de la possibilité d'être assisté d'un avocat¹⁶⁴⁴, peut alors soit refuser la mesure alternative (ce qui laisse au procureur la liberté de mettre en mouvement l'action publique), soit accepter¹⁶⁴⁵ et dans ce cas, l'accord est recueilli par procès-verbal avec copie remise à l'intéressé¹⁶⁴⁶. Toutefois, la mesure de composition pénale doit également faire l'objet d'une validation par le Président du tribunal judiciaire qui peut désigner aux fins de validation tout juge du tribunal ou tout juge de proximité. En cas de validation, et si la mesure est exécutée, cela cause l'extinction de l'action publique conformément à l'article 6 al. 3 du Code de procédure pénale, et la décision n'est pas susceptible de recours. Le Code de procédure pénale restreint considérablement le domaine d'application de la composition pénale puisqu'il la réserve aux seules personnes physiques¹⁶⁴⁷. En matière économique, cela limite indéniablement son impact, particulièrement dans le cadre des infractions de droit de la consommation et du droit de la concurrence. Pourtant, cette alternative aux poursuites pourrait avoir un intérêt certain pour les personnes morales. Conscient de cet apport probable pour solutionner les litiges dans lesquelles elles sont responsables, le législateur a étendu par une loi de 2005¹⁶⁴⁸ la possibilité d'être soumis à une mesure de composition pénale aux personnes morales dès lors qu'elles reconnaissent avoir commis un ou plusieurs délits prévus au titre IV du Livre IV du Code de commerce « pour

¹⁶⁴¹ D'ailleurs, la composition pénale peut être proposée dans le cadre de la garde-à-vue.

¹⁶⁴² Dans le cadre de l'application qui en est faite au sein du Code de commerce.

¹⁶⁴³ C. com., art. L. 490-6, II.

¹⁶⁴⁴ Dans ce cadre, il peut bénéficier de l'aide juridictionnelle si sa situation le lui permet.

¹⁶⁴⁵ Le délinquant peut demander l'octroi d'un délai de dix jours pour accepter ou non la composition pénale.

¹⁶⁴⁶ Le Procès-verbal doit comporter la nature des faits reprochés, ainsi que le *quantum* des mesures proposées en stipulant délai d'exécution et, le cas échéant, la nature et le montant des réparations proposées.

¹⁶⁴⁷ CPP, Art. 41-2.

¹⁶⁴⁸ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

lesquels une peine d'emprisonnement n'est pas encourue ainsi que, le cas échéant, une ou plusieurs contraventions connexes », la sanction prononcée étant limitée le cas échéant à la « mesure prévue par le 1° de l'article 41-2 du même code », à savoir le versement d'une amende de composition au Trésor public¹⁶⁴⁹. En pratique, la composition pénale est souvent proposée au délinquant personne physique par le Procureur de la république lorsque la transaction présentée par l'administration¹⁶⁵⁰ est refusée par le parquet¹⁶⁵¹, ce qui permet de rester dans mesure alternative aux poursuites et de ne pas engorger les tribunaux correctionnels¹⁶⁵², notamment en matière de non-respect des obligations d'information précontractuelle.

480. Le champ d'application de la composition pénale appliqué au droit économique.

La composition pénale a vu son champ d'application s'étendre au fil des réformes. Cela se remarque particulièrement en matière économique. En 1999, seules les personnes ayant commis les infractions de filouterie ou de détournement de gage et d'objet saisis pouvaient faire l'objet d'une mesure de composition pénale. La généralisation de cette alternative aux poursuites par le biais de la loi du 9 mars 2004¹⁶⁵³ 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 ans¹⁶⁵⁴ et à toutes les contraventions¹⁶⁵⁵, a permis d'étendre considérablement le champ d'application de la composition pénale en matière économique, rien n'interdisant son recours en droit de la consommation et en droit de la concurrence. Toutefois, les premières évaluations réalisées à propos de cette mesure ont démontré que les parquets en faisaient une exécution différenciée, certains choisissant délibérément de ne l'appliquer qu'à certaines infractions, tandis que d'autres l'utilisaient de manière généralisée sans la limiter¹⁶⁵⁶.

Le législateur souhaite particulièrement son application en matière de pratiques restrictives de concurrence puisqu'il prévoit la seule possibilité de composition pénale à l'encontre des

¹⁶⁴⁹ C. com., art. L. 490-6 I.

¹⁶⁵⁰ Cf. *infra*, n°488 et s.

¹⁶⁵¹ N. Sauphanor-Brouillaud et Sabine Bernheim-Desvaux, *Jurisclasser concurrence – consommation*, “ Fasc. 848 : pratique des sanctions de l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix. – annexes”, 1er déc. 2020.

¹⁶⁵² *Ibid.*

¹⁶⁵³ L. n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, JO 10 mars 2004.

¹⁶⁵⁴ À l'exception des infractions relatives aux délits de presse, d'homicides involontaires ou politiques (CPP, art. 41-2, al. 30).

¹⁶⁵⁵ CPP, art. 41-3.

¹⁶⁵⁶ Madame Grunvald et Monsieur Danet constatent ainsi dans une étude effectuée dès 2004 que la juridiction de Cambrai a fait une « appréciation a maxima en retenant l'ensemble des infractions de l'article 41-2 CPP », tandis que la juridiction a au début concentré son application sur « les conduites en état alcoolique en raison du retard

personnes morales dans ce domaine spécifique¹⁶⁵⁷. Il ressort des chiffres publiés par la justice que parmi toutes les réponses pénales apportées par le parquet à l'encontre des personnes morales, 4% constituent des compositions pénales¹⁶⁵⁸. De fait, son application est donc réduite aux personnes physiques en droit de la consommation.

En pratique, cette mesure est surtout utilisée pour punir les personnes physiques, lorsque la transaction pénale proposée par la DGCCRF est refusée par le Procureur. C'est notamment le cas dans le cadre des infractions relatives à l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix¹⁶⁵⁹. Cependant, certains contentieux conservent le « privilège » d'être traités en audience correctionnelle, comme le démarchage, le crédit, les abus de faiblesse et les tromperies¹⁶⁶⁰. La composition pénale reçoit un accueil assez favorable en matière économique et financière puisque 12 806 mesures¹⁶⁶¹ ont été prononcées en 2017¹⁶⁶² sur les 63 207 existantes, montrant l'impact certain du Ministère public sur la sanction. Ce rôle est également constaté dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, modalité particulière de poursuite pour laquelle le délinquant doit également reconnaître les faits commis.

481. La CRPC, une procédure alternative. Particulièrement discutée au moment de son entrée en vigueur en 2004¹⁶⁶³, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

accumulé dans l'audience de ces infractions », tout comme à la Roche-sur-Yon (qui étendra néanmoins son champ d'application au vol simple, à l'usage illicite de stupéfiants, aux appels téléphoniques malveillants et au port d'arme de 6^e catégorie au cours de l'année 2001. Au contraire, la juridiction de Nantes refuse d'appliquer la composition pénale en matière de conduite en état alcoolique et préfère la privilégier en matière de vol, de filouterie, de destructions d'objets saisis notamment. V. plus en détail : S. Grunvald et J. Danet, *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, Coll. « Bibliothèque de droit », 2004, p. 38 à 40.

¹⁶⁵⁷ Art. L. 470-2 C. com.

¹⁶⁵⁸ Il s'agit ici des chiffres globaux constatés pour l'année 2015 par le Ministère de la justice : Ministère de la Justice, « Le traitement judiciaire des infractions commises par les personnes morales », *Infostat Justice*, août 2017, numéro 154, p. 1.

¹⁶⁵⁹ N. Sauphanor-Brouillaud et Sabine Bernheim-Desvaux, *Jurisclasser concurrence – consommation*, « Fasc. 849 : pratique des sanctions de l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix. – annexes », 31 décembre 2016.

¹⁶⁶⁰ N. Sauphanor-Brouillaud et Sabine Bernheim-Desvaux, *Jurisclasser concurrence – consommation*, « Fasc. 848 : pratique des sanctions de l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix. – annexes », 31 décembre 2016.

¹⁶⁶¹ Il s'agit ici d'un nombre comprenant toutes les infractions économiques et financières, le domaine est donc plus large que les seules infractions en matière contractuelle qui concernent l'objet de l'étude.

¹⁶⁶² Ch. Chambaz, (dir.) *Les Chiffres clefs de la Justice*, ministère de la Justice 2017.

¹⁶⁶³ Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. V. notamment sur la question : C. Boeringer et A. Millerand, « La responsabilité pénale des personnes morales ; une casuistique diverse au sein d'une jurisprudence cohérente », *Dr. pén.* 2014, 5 ; G. Di Marino, « Le développement de la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. pénit.* 2004, p.27 et s. ; G. Roujou de Boubée, « La responsabilité pénale des personnes morales. Essai d'un bilan », in *Mélanges A. Decoq*, Litec, 2004, p. 5635 ; C. Saas, *Les procédures simplifiées de traitement des délits en France et en Allemagne : un jugement sans procès ?* ; *Rev. pénit.* 2008, p. 17.

(CPRC), inspirée du *plea bargaining* anglo-saxon¹⁶⁶⁴, consiste en la possibilité pour le Procureur de la République de proposer à un délinquant qui a reconnu les faits une peine sans qu'il ait besoin de passer en audience de jugement¹⁶⁶⁵. Seule une homologation du juge du siège sera nécessaire en cas d'accord par le prévenu. Ressemblant de prime abord à la composition pénale par sa nature transactionnelle avec le délinquant, le rôle majeur joué par le Parquet et le simple rôle de chambre de validation du juge du siège¹⁶⁶⁶, elle s'en distingue par le fait que l'action publique a ici été déclenchée, et que l'homologation par le juge fait office de condamnation pénale.

Cette procédure alternative qu'est la CRPC¹⁶⁶⁷ peut être mise en œuvre à l'initiative du Ministère public ou de l'intéressé ou de son avocat. Elle peut également être retenue après une instruction si les différents intervenants en sont d'accord. Conçu comme un moyen de jugement rapide¹⁶⁶⁸, le prévenu peut néanmoins bénéficier d'un délai de dix jours de réflexion¹⁶⁶⁹.

482. Un champ d'application en question en matière économique. La CRPC dispose d'un champ d'application élargi, puisqu'il s'applique non seulement aux personnes physiques mais également aux personnes morales. Ces dernières doivent pour cela être représentées par une personne physique, conformément à l'article 706-43 du Code de procédure pénale et ainsi que le souligne une circulaire du 2 septembre 2004 de la Direction des affaires criminelles et des grâces¹⁶⁷⁰. Entrent dans le cadre de cette procédure, à la suite d'une réforme de 2011¹⁶⁷¹, tous les délits, à l'exception de ceux mentionnées à l'article 495-16¹⁶⁷², et des délits d'atteintes volontaires et involontaires à l'intégrité des personnes et d'agressions sexuelles lorsqu'ils sont punis d'une

¹⁶⁶⁴ É. Verny et Cl. Ghica-Lemarchand, « Fasc. 20 : De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Jurisclasseur Procédure pénale*, juin 2013 (MAJ 14 août 2021).

¹⁶⁶⁵ CPP, art. 495-7 à 495-16.

¹⁶⁶⁶ Tandis que le juge valide la composition pénale, il homologue la décision de CRPC.

¹⁶⁶⁷ Sur l'ensemble des modalités procédurales spécifiques, v. notamment : B. BOULOC, *Procédure pénale*, Dalloz, coll. Précis, 27^e éd., 2019, n° 218, p. 182 ; M.-L. RASSAT, *Procédure pénale*, Ellipses, 3^e éd., 2017, n° 397 et 398, p. 406 et s ; F. Molins, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, v° « La comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », Dalloz, mai 2018 (MAJ juin 2021).

¹⁶⁶⁸ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 14^e éd., 2021 : p.978, n°1686.

¹⁶⁶⁹ CPP, Art. 495-8 *in fine*.

¹⁶⁷⁰ Circulaire CRIM 2004-12 E8/02-09-2004, Présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité relatives à la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, in *Bulletin officiel du ministère de la Justice*, n°95.

¹⁶⁷¹ L. n°2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, art. 27-2°.

¹⁶⁷² CPP, Art. 495-16 C, . issu de l'ancienne rédaction (antérieure à la loi n°2018-898 du 23 octobre 2018) : « *Les dispositions de la présente sections ne sont applicables ni aux mineurs de dix-huit ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires, de délits politiques ou de délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale* ».

peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à cinq ans. La barrière des cinq ans d'emprisonnement maximum encourus a été supprimée par la loi de 2011 dans tous les autres cas, et donc particulièrement dans le cadre des infractions commises en matière contractuelle.

Si l'application de la CRPC aux infractions pénales de droit commun ne pose pas question, il en a été autrement en ce qui concerne aux infractions économiques spécifiques, c'est-à-dire issues du droit de la consommation et du droit de la concurrence. L'article 495-16 du Code de procédure disposait en effet que cette procédure alternative aux poursuites n'était pas applicable aux « délits dont la procédure de poursuite est prévue par une loi spéciale ». Or, le droit économique est principalement géré par des textes spéciaux. Restait à savoir s'ils rentraient dans le champ d'application ou non de la loi et si la procédure de poursuite pouvait être considérée comme spéciale. La question ne semblait pas aller de soi : à l'occasion d'une audience solennelle de rentrée du Tribunal de grande instance de Paris de 2015¹⁶⁷³, il a été proposé de généraliser la pratique de la procédure de CRPC aux infractions relevant de la matière économique et financière. Cette proposition fut qualifiée de « *révolution culturelle* », par Monsieur Jean-Michel HAYAT, alors Président du TGI de Paris¹⁶⁷⁴. Nombreux étaient ceux qui y étaient alors favorables dans le pratique¹⁶⁷⁵, mais le texte n'était pas clair. Le législateur est venu clarifier la situation : tout d'abord par une loi du 21 juin 2016¹⁶⁷⁶ dans laquelle il est prévu désormais que la CRPC est applicable aux délits boursiers, puis surtout par une loi du 23 octobre 2018 qui supprime toute référence, à l'article 495-16 du Code de procédure pénale, aux délits dont la procédure de poursuite était prévue par une loi spéciale¹⁶⁷⁷. Cela étend une nouvelle fois le champ d'application de la CRPC et l'inscrit de manière pleine et entière en matière économique, ce qui va permettre au Parquet de proposer cette procédure alternative aux professionnels lorsqu'ils seront prévenus dans des affaires consuméristes ou concurrentielles.

¹⁶⁷³ F. Johannès, « Vers un plaider-coupable dans les affaires financières », *Le Monde.fr*, 20 janvier 2015, cité in R. Lorrain, « Le plaider-coupable : une révolution textuelle ? », *Dalloz actualité*, 24 avril 2015.

¹⁶⁷⁴ R. Lorrain, « Le plaider-coupable : une révolution textuelle ? », *op. cit.*

¹⁶⁷⁵ V. sur ces avis : « Le plaider-coupable : une révolution culturelle ? », Interview de J.-M. Hayat, *D.* 2015, p. 672 ; A. Hamelle, « Plaidoyer pour une extension du « plaider-coupable », *L'Opinion*, 2 février 2015.

¹⁶⁷⁶ Loi n°2016-819 du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché (v. not. P-H. Conac, « La loi du 21 juin 2016 réformant le système de répression des abus de marché », *Bull. Joly bourse* 2016, p.323.

¹⁶⁷⁷ CPP, Art. 495-16. (Rédaction issue de la loi n°2018-898 du 23 octobre 2018) : « Les dispositions de la présente sections ne applicables ni aux mineurs de dix-huit ans ni en matière de délits de presse, de délits d'homicides involontaires. »

2. *L'influence sur le quantum de la peine*

483. La nature de la sanction face à une composition pénale en matière économique.

Avant même de savoir quelles sont les sanctions pouvant être infligées dans le cadre d'une procédure alternative, il convient de s'attarder sur leur nature. S'agit-il de « mesures » ou de « peines » ? Cette question a fait l'objet de discussions doctrinales : Monsieur Jean-Christophe SAINT-PAU considère qu'elles constituent des « peines qui ne disent pas leur nom : des quasi-peines »¹⁶⁷⁸, tandis que Madame Claire SAAS considère que les effets d'une mesure de composition pénale s'apparentent clairement à ceux d'une condamnation¹⁶⁷⁹. Dans son rapport au nom de la commission des lois du Sénat, Monsieur Louis MERMAZ insiste pour que la sanction présentée dans le cadre de la composition pénale évite « toute similitude avec une peine »¹⁶⁸⁰. Madame Christine LAZERGES affirme quant à elle qu'il s'agit de « mesures ayant le caractère d'une sanction qui s'apparentent à des peines mais qui n'ont aucun caractère exécutoire »¹⁶⁸¹. En conséquence, si elles ont l'apparence de peines, elles n'en ont pas les mêmes effets : l'ordonnance de composition pénale ne constituant pas juridiquement une condamnation pénale¹⁶⁸², il existe une absence de caractère exécutoire de la décision et une impossibilité de retenir cette sanction comme le premier terme de la récidive au sens de l'article 132-10 du Code pénal¹⁶⁸³. L'article 41-2 du Code de procédure pénale prévoit dix-neuf mesures différentes, qui peuvent se cumuler entre elles. La première citée est l'amende de composition au Trésor public, particulièrement pertinente en matière d'infractions liées à la matière contractuelle. Cette dernière ne peut excéder le maximum de l'amende encourue¹⁶⁸⁴ et est fixée en fonction de la gravité des faits et des ressources et charge de la personne en cause, respectant

¹⁶⁷⁸ J.-C. Saint-Pau, « Le ministère public concurrence-t-il le juge du siège ? », *Droit pénal*, n°9, sept. 2007, Etude 14.

¹⁶⁷⁹ C. Saas, « De la composition pénale au plaider-coupable : le pouvoir de sanction du procureur », *Re. Sc. crim.* 2004, p. 827 et s.

¹⁶⁸⁰ L. Mermaz, *Rapport au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale*, n°1328 du 2 février 1999, p. 13.

¹⁶⁸¹ C. Lazerges, Rapport de Mme Lazerges, Conseiller référendaire sur l'Avis n°00900005P du 18 janvier 2010, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2010_3365/18_janvier_2010_0090005p_3367/lazerges_conseiller_14960.html

¹⁶⁸² Roger Merle et André Vitu définissent la condamnation pénale comme une « déclaration de culpabilité par une juridiction de jugement » Co qui condamne à une « peine au sens technique du terme » : R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel et problèmes généraux de la science criminelle*, Cujas, 7^e éd., 199, cité in C. Lazerges, Rapport de Mme Lazerges, Conseiller référendaire sur l'Avis n°00900005P du 18 janvier 2010, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2010_3365/18_janvier_2010_0090005p_3367/lazerges_conseiller_14960.html

¹⁶⁸³ C. cass., Avis n° 0090005P du 18 janvier 2010, https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/avis_15/avis_classes_date_239/2010_3365/18_janvier_2010_0090005p_3367/0090005p_18_14904.html

¹⁶⁸⁴ Versement peut être échelonné selon échéancier fixé par le proc, à l'intérieure d'une période qui ne peut être supérieure à un an.

ainsi le principe constitutionnel de personnalisation des peines. Si aucune peine d'emprisonnement ne peut être prononcée dans le cadre de la composition pénale, au contraire de la CRPC¹⁶⁸⁵, certaines mesures semblent particulièrement adaptées aux contentieux liés aux manquements contractuels. Ainsi en est-il, selon les infractions commises, des mesures d'interdiction d'émissions de chèques¹⁶⁸⁶ ou encore du « dessaisissement au profit de l'État de la chose qui a servi ou était destinée à commettre l'infraction ou qui en est le produit »¹⁶⁸⁷. Cependant, il est à noter que dans le cadre de la composition pénale contenue dans le Code de commerce, seule l'amende de composition versée au Trésor public peut être subie par une personne morale¹⁶⁸⁸. Le pouvoir du Ministère public sur la sanction ne fait pas de doute ici, puisque non seulement toutes les peines ne pourront pas être prononcées dans le cadre d'une composition pénale, mais en outre, le *quantum* de la mesure est maîtrisé ici par le parquet, qui sera généralement moindre que le maximum encouru, afin de rendre attractive cette mesure pour le délinquant.

En outre, le parquet a la possibilité de demander la réparation du dommage causé à la victime lorsqu'elle est identifiée et doit, le cas échéant, en informer cette dernière¹⁶⁸⁹. D'ailleurs, même si cette réparation n'est pas instiguée par le procureur de la République, la victime peut, par le biais d'une citation directe, mettre en mouvement l'action civile¹⁶⁹⁰. Cependant, cette réparation peut s'avérer compliquée dans le cadre des contrats d'adhésion en droit de la consommation, lorsque les victimes sont identifiées mais qui peuvent être par trop nombreuses.

Enfin, parmi les conséquences indirectes de la composition pénale se trouve l'inscription de la composition pénale au seul bulletin numéro 1 du casier judiciaire¹⁶⁹¹, réservé aux autorités judiciaires, et non pas au bulletin numéro 2.

484. Influence relative de la CRPC sur la sanction pénale. « Faute avouée à moitié pardonnée » dit l'expression populaire. Dans le cas d'une comparution sur reconnaissance

¹⁶⁸⁵ Cf. *infra*, n°484.

¹⁶⁸⁶ L'article 41-2 8° du Code de procédure pénale prévoit ainsi : « Ne pas émettre, pour une durée de six mois au plus, des chèques autres que ceux qui permettent le retrait de fonds par le tireur auprès du tiré ou ceux qui sont certifiés et ne pas utiliser de cartes de paiement ».

¹⁶⁸⁷ CPP, Art. 41-2 2°.

¹⁶⁸⁸ Art. L. 490-6, I C. com.

¹⁶⁸⁹ Sur la mise en œuvre, v. not. Décret 2001-71 du 29 janvier 2001 insérant les articles R. 15-33-30 et s. dans le Code de procédure pénale (D. 2001, p. 599).

¹⁶⁹⁰ Seule l'action publique est éteinte par la composition pénale : Cass. crim., 24 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 162.

¹⁶⁹¹ CPP, Articles 41-2 et 768, 8°

préalable de culpabilité, cette division par deux de la sanction pénale semble relative. En effet, au regard des textes, et notamment de la circulaire, les personnes physiques ont peut-être plus intérêt que les personnes morales à accepter le recours à la CRPC. Cela s'explique par le fait que, dans le cadre de cette procédure alternative, le parquet ne peut pas prononcer une peine d'emprisonnement supérieure à un an, ni excéder la moitié de la peine encourue. Ainsi que le souligne Monsieur Gildas ROUSSEL, « cela peut sembler intéressant ; cependant la juridiction répressive eut peut-être prononcé de fait une peine moindre ou alternative »¹⁶⁹². C'est pourquoi la circulaire CRIM incite les parquets à proposer au prévenu une peine inférieure à ce que la juridiction de jugement aurait proposée¹⁶⁹³. À l'inverse, en ce qui concerne la peine de l'amende, le montant peut être égal au montant encouru, même si la sanction peut également être assortie de sursis. Dès lors, la peine d'amende semble moins restreinte que la peine d'emprisonnement. Dans la pratique, il s'avère que peu de personnes morales font l'objet de CRPC actuellement. En 2015, seules cinq comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité ont été prononcées, ce chiffre englobant toutes les infractions commises par les personnes morales, et pas seulement celles commises en matière économique contractuelle.

Il est également à noter que les délinquants encourrent les peines complémentaires prévues par les textes d'incrimination. En outre, les peines, quelles qu'elles soient doivent toujours être fixées conformément aux articles 130-1 et 132-1 du Code pénal, à savoir en respectant le principe de personnalité des peines ; le fait qu'elles soient déterminées par le Ministère public est indifférent et le respect de ce principe est impératif. Quel intérêt alors pour le délinquant d'accepter une CRPC ? Il en existe deux principaux : non seulement, comme il a été précisé en amont, la peine est en général modérée, mais en outre, cela assure une certaine rapidité dans le prononcé de la sanction et assure une discrétion plus certaine au prévenu. En effet, la négociation dans le bureau d'un Procureur est toujours plus discrète qu'une audience publique correctionnelle. La réputation des professionnels en matière contractuelle étant primordiale, il est compréhensible qu'ils cherchent à réduire l'impact de la condamnation pénale au strict minimum.

485. Transition. L'influence du Ministère public sur l'existence de la peine et sur son *quantum* est indéniable et montre à quel point le sort de la sanction est incertain : entre le texte d'incrimination et le prononcé effectif de la sanction, cette dernière est soumise à des variations

¹⁶⁹² G. Roussel et Fr.-X. Roux-Demare, *Procédure pénale*, Vuibert, 12^e éd., 2021, p. 136, .n° 298.

¹⁶⁹³ Circulaire CRIM 2004-12 E8/02-09-2004, art. 2.2.2.1.

certaines qui relativisent le *quantum* élevé des peines prévu initialement. Seulement, le Parquet n'est pas le seul à avoir vu son rôle accru en matière de sanction ces dernières années. L'administration, et plus particulièrement la DGCCRF, s'est vu donner une fonction majeure dans la gestion du contentieux économique contractuel, rendant la sanction définitive par une juridiction de jugement assez aléatoire.

B. Le rôle renforcé des autorités administratives

486. Le rôle multiple conféré aux autorités administratives en charge de la protection des consommateurs. Lorsque l'observateur pose un premier regard distrait sur le droit contractuel et ses sanctions, il semble apercevoir trois types de sanctions (civiles, pénales et administratives) gérées respectivement par les juridictions idoines. Toutefois, à y regarder de plus près, le spectateur de cette partition juridique aura la surprise de constater que certaines juridictions traitent des sanctions qui ne lui sont pas originellement dévolues. Ainsi en est-il particulièrement des autorités administratives¹⁶⁹⁴, qui ont accru sensiblement leurs pouvoirs depuis le début des années 2000. Incarnées par la DGCCRF et ses agents, les autorités administratives se voient ainsi donner la possibilité de transiger avec des contractants fautifs à la suite de la commission de certaines infractions pénales (1), au lieu d'être jugés par les juridictions pénales, tandis qu'un pouvoir d'injonction leur est également conféré, influant tant sur des sanctions administratives que civiles, au risque de venir brouiller le message initial, axé sur la défense des contractants par différentes juridictions en vue d'une protection plus globale (2).

1. L'influence de la DGCCRF sur le *quantum* de la sanction à travers la transaction

487. Présentation. La transaction est un mécanisme particulièrement actuel d'alternatives aux poursuites qui continue d'avoir les faveurs du législateur. En effet, la loi du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière

¹⁶⁹⁴ Nous excluons volontairement du propos ici l'action civile engagée devant les juridictions pénales (CPP, art. 2), qui ne pose pas de question particulière au regard des sanctions prononcées.

économique et financière, dite loi DDADUE¹⁶⁹⁵, renforce encore la transaction en permettant désormais dans ce cadre de prévoir des obligations de remise en conformité et de réparation du préjudice subi par les consommateurs. En outre, la transaction est possible en matière administrative spécifiquement, avec les mêmes possibilités qu'en matière pénale, élargissant encore un peu plus le champ de compétence de la DGCCRF en la matière. La transaction apparaît alors comme une procédure spécifique au succès grandissant (a), laquelle aura une influence certaine sur le montant de la sanction (b).

a. La transaction, une procédure spécifique au succès grandissant

488. La transaction pénale par l'autorité administrative, une procédure spécifique accordée à certaines infractions. Le rôle accordé à l'administration en matière consumériste et commerciale est en évolution constante. Cela se traduit par une augmentation progressive de ses pouvoirs. Dès 2005, le législateur a confié aux services de la DGCCRF un pouvoir de transaction avec les professionnels qui n'auraient pas respecté certaines dispositions législatives. Prévue aux articles L.523-1 et suivants du Code de la consommation et à l'article L.490-5 du Code de commerce¹⁶⁹⁶, cette procédure alternative aux poursuites ne peut pas être mise en œuvre pour toutes les infractions contractuelles et dans n'importe quelles conditions.¹⁶⁹⁷ En effet, la transaction ne peut tout d'abord être mise en œuvre que tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement. Partant, ce n'est que si le Ministère public ne s'est pas encore emparé du litige que la transaction peut être envisagée. Si cette procédure est envisagée par la DGCCRF, le Ministère public n'est pour autant pas totalement écarté de l'action, puisqu'il doit donner son aval à la proposition de transaction transmise par l'administration¹⁶⁹⁸. L'administration traite donc du litige mais avec l'aval du procureur de la République, qui a normalement compétence pour diriger le contentieux pénal vers la suite appropriée (classement sans suite, renvoi devant la juridiction adaptée). Se pose donc légitimement la question de savoir quel intérêt présente cette procédure si le Ministère public doit connaître de ce litige. Outre la question évidente de

¹⁶⁹⁵ Loi n°2020-1508 du 3 décembre 2020 portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'Union européenne en matière économique et financière, dite loi DDADUE.

¹⁶⁹⁶ Nouvel article à la suite de l'Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles, qui a transféré l'ancien article L.470-4-1 du Code de commerce à l'article L.490-5 du même code.

¹⁶⁹⁷ Sur la transaction menée par la DGCCRF, v. notamment : J. Julien, *Droit de la consommation*, op. cit. n°33 et s.p.70 et s.; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, op. cit., p.832 et s, n°753 ; J n°753 et s., Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, p. 727, n°688 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*, Lexisnexis, p. 73 et s., n°100 et 101, et n°150, p.100.

¹⁶⁹⁸ C. consom., art. L.523-1 et C. com., art. L.490-5.

la célérité¹⁶⁹⁹, cette prise en main de certains contentieux pénaux par l'administration au travers de la transaction s'explique non seulement par une volonté de désengorgement des juridictions pénales, qui n'ont plus alors qu'à connaître d'une partie conscrite des infractions pénales mineures commises en matière commerciale et consumériste, mais également par la détermination du législateur à s'assurer du traitement réel de l'infraction, quitte à en diminuer le châtement, privilégiant l'assurance de son effectivité.

Cette dernière passe en effet par la menace qui continue de peser sur le délinquant tant que les conditions posées au cœur du document transactionnel n'ont pas été réalisées : si le professionnel, contractant auteur du comportement fautif, venait à refuser la proposition de transaction ou à ne pas s'exécuter, le procureur de la République en serait immédiatement avisé¹⁷⁰⁰ et une procédure classique pourrait alors être mise en œuvre. D'ailleurs, la Cour de cassation se montre assez stricte quant à la bonne exécution dans les délais impartis des obligations résultant de la transaction, puisqu'elle estime que le paiement par chèque du montant prévu ne constitue pas en soi la bonne exécution de l'obligation si le compte n'est pas approvisionné¹⁷⁰¹.

Cette procédure alternative aux poursuites ne peut pas être mise en place pour toutes les infractions commises. En droit de la consommation, cette possibilité n'est octroyée que pour les contraventions des livres I, II, III et IV du Code de la consommation¹⁷⁰² ainsi que pour les délits des livres I à III du même code lorsqu'ils ne sont pas punis d'une peine d'emprisonnement, mais également en matière de pratiques commerciales trompeuses. En matière commerciale, la transaction est limitée aux contraventions présentes au livre IV du Code de commerce, ainsi qu'à tous les délits non punis d'une peine d'emprisonnement punis au titre IV de ce même livre, à savoir les infractions relatives à la transparence et aux pratiques restrictives et prohibées¹⁷⁰³. Si le choix fait par le législateur de permettre cette procédure alternative aux poursuites apparaît limitée à des infractions peu graves, puisque sanctionnées « seulement » par des amendes, qu'elles soient contraventionnelles ou délictuelles, il n'en demeure pas moins qu'elles peuvent avoir un impact fort, particulièrement pour les contraventions. En effet, la règle du non-cumul des peines ne s'applique pas aux contraventions. Or, en matière contractuelle, les infractions

¹⁶⁹⁹ Cf. *infra*, n°587

¹⁷⁰⁰ C. consom., art. R.523-4 al. 1 et al. 2.

¹⁷⁰¹ Crim., 19 mai 2015, n°14-85.885 P : *RTD com.* 2015, 603, obs. Bouloc ; *Contr. Conc. consom.* 2015, n°214, obs. Raymond ; *RJDA* 2016, n°155.

¹⁷⁰² Sont également concernées toutes les contraventions prévues dans les textes d'application de ces textes.

¹⁷⁰³ La transaction peut alors être proposée à la suite d'infractions commises en matière de ventes à distance, de remise de contrats, de prix, de pratiques commerciales trompeuses, etc.

peuvent être multipliées par le nombre de contrats : s'agissant de contrats conclus très souvent par centaines voire par milliers¹⁷⁰⁴, le cumul des sanctions se voit aussi multiplié. L'amende totale encourue devant les juridictions pénales peut alors s'avérer très conséquente. Le législateur n'ayant fixé aucun maximum encouru dans le cadre de la transaction, cela signifie que l'administration peut être amenée à transiger sur des sommes très importantes avec les professionnels contractants malveillants. Alors que Monsieur Stéphane PIEDELIEVRE estime que par le biais de la transaction, « *on accorde au professionnel une sorte de droit de pardon ou à l'oubli du manquement dès lors qu'il est rentré dans le droit chemin* »¹⁷⁰⁵, il convient d'être un peu plus mesuré : certes le contractant malveillant n'est pas condamné pénalement, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il échappe à toute responsabilité. Si le paiement de la somme mentionnée au cœur de la transaction, ainsi que les obligations devant être exécutées par le professionnel ne constituent pas des sanctions pénales proprement dites, elles se transforment plutôt en sanctions administratives¹⁷⁰⁶. En conséquence, le pardon n'est pas total et le droit à l'oubli ne pourra avoir lieu qu'autant que la transaction sera exécutée. La suppression de la sanction soulignée par Monsieur Stéphane PIEDELIEVRE n'est donc que partielle¹⁷⁰⁷.

489. La transaction administrative, à distinguer des autres transactions. La transaction¹⁷⁰⁸ possible par les agents de la DGCCRF doit être distinguée non seulement de la transaction civile, mais également de la transaction pénale au sens strict. En effet, la transaction civile, prévue à l'article 2044 du Code civil, peut concerner tant le règlement des litiges nés que ceux à naître et doit être conclue entre les parties au litige, donc entre les cocontractants¹⁷⁰⁹. La transaction purement pénale, quant à elle, dont dispose l'article 41-1-1 du Code de procédure pénale, se rapproche un peu plus de la transaction réalisée par l'administration. En effet, si elle est mise en œuvre par un officier de police judiciaire, la transaction pénale nécessite également

¹⁷⁰⁴ Il est possible ici de citer par exemple les contrats de téléphonie, de consommation conclus par les grandes enseignes, contrats de fourniture d'électricité...

¹⁷⁰⁵ S. Piédelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.*, p.832 et s, n°753 .

¹⁷⁰⁶ Messieurs Jean Calais-Auloy, Henri Temple et Malo Depincé s'inscrivent plus dans cette réflexion, puisqu'il s'agit pour eux d'une « sanction prononcée par l'administration et se substituant à celle qui pourrait être décidée par le juge. Elle pourrait perdre une partie de son intérêt du fait de l'institution en 2014, d'amendes administratives » : J. Calais-Auloy et H. Temple, *Droit de la consommation*, Dalloz, Précis Dalloz, n°677, p. 676 et 677.

¹⁷⁰⁷ S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, op. cit., n°754, p.832.

¹⁷⁰⁸ Il existe d'autres situations très diverses dans laquelle d'autres agences administratives sont susceptibles de transiger avec les auteurs de comportements fautifs. Pour exemple, peuvent être citées les transactions menées par les Douanes (C. douanes, art. 350), les services fiscaux (L.P.F., at L.248 et L.249), l'autorité administrative chargée de la pêche en eau douce (C. rur., art. L.205-10), ou encore par le Défenseur des droits, autorité constitutionnelle indépendante (L. n°2011-333 du 29 mars 2011, art. 28).

¹⁷⁰⁹ Sur la transaction en matière civile, voir notamment : Cass. com., 2 oct. 2001, n°98-19.694, D. 2001, AJ p.3119, obs. Martin-Serf.

l'accord du procureur de la République et ne peut être proposée qu'autant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement et pour certaines infractions seulement¹⁷¹⁰. Il faut également préciser qu'avec la loi DDADUE du 3 décembre 2020, le domaine de cette transaction administrative s'étend encore un peu plus, puisque le domaine de la transaction comprend également des manquements sanctionnés administrativement et non plus seulement pénalement.

490. Une procédure de transaction au succès grandissant. L'histoire de la transaction pénale par l'autorité administrative fut soumise à évolutions. Après avoir été introduite originellement dans une Ordonnance sur les prix du 30 juin 1945¹⁷¹¹, elle fut supprimée à l'occasion de la dépénalisation du droit des affaires par une Ordonnance du 1^{er} décembre 1986¹⁷¹². Ce n'est qu'en 2005 que la transaction en matière pénale fut rétablie, par le biais de deux textes différents : en matière commerciale par la loi du 2 août 2005¹⁷¹³ et par une Ordonnance du 1^{er} septembre 2005¹⁷¹⁴ pour la matière consumériste, marquant une nouvelle fois le parallèle entre ces deux disciplines, étroitement liées, tant dans les sanctions prononcées, que dans les mécanismes alternatifs aux poursuites. Depuis lors, cette procédure alternative aux poursuites pénales a pris beaucoup d'ampleur, à tel point qu'en matière commerciale, le taux de transactions effectuées était de plus de 67% par rapport aux procès-verbaux dressés¹⁷¹⁵. Le

¹⁷¹⁰ Contrairement à la transaction réalisée par la DGCCRF, la transaction menée par OPJ peut concerner la plupart des infractions prévues dans le Code pénal et punies d'un an d'emprisonnement au plus.

¹⁷¹¹ Ordonnance sur les prix du 30 juin 1945.

¹⁷¹² Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} septembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹⁷¹³ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises.

¹⁷¹⁴ Ordonnance n° 2005-1086 du 1^{er} septembre 2005 instaurant un règlement transactionnel pour les contraventions au code de commerce et au code de la consommation et portant adaptation des pouvoirs d'enquête et renforcement de la coopération administrative en matière de protection des consommateurs. Elle crée dans le Code de la Consommation les anciens articles L.121-2 et L.216-11 du Code de la Consommation. À la suite de la réorganisation du Code de la Consommation, la transaction se trouve désormais prévue aux articles L.523-1 et s. de ce Code, ainsi qu'aux articles R.523-1 et s. dudit Code.

¹⁷¹⁵ En 2016, 95 transactions étaient menées tandis que 140 procès-verbaux étaient dressés, tandis que seuls 38 jugements et 19 arrêts étaient rendus : DGCCRF, « Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2016 »,

https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2016_dgcrf.pdf. Les taux restent quasi identiques à ceux de 2014, puisque le taux de transactions par rapport au nombre de procès-verbaux était de 66 %, même si le nombre de PV et de transactions était plus important cette année-là car 245 PV avaient été dressés et 162 transactions menées : DGCCRF, « Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2014 », https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cepc/etude/Bilan_decisions_judiciaires2014_dgcrf.pdf.

succès de cette procédure est particulièrement prégnant dans le cadre des infractions relatives à la facturation et celles relatives aux délais de paiement¹⁷¹⁶.

En matière consumériste, la transaction remporte aussi un certain succès, même si son taux par rapport aux procès-verbaux dressés est plus faible. Partant, en 2016 et en 2017, le nombre de transactions représentait environ 24% du nombre de procès-verbaux rendus ces deux années¹⁷¹⁷. Toutefois, il est à noter que les litiges consommateurs étant plus nombreux que ceux liés aux litiges entre professionnels, le nombre de transactions y est quantitativement beaucoup plus important : 2646 transactions menées en 2016 en droit de la consommation tandis que seules 95 étaient rendues en matière commerciale.

Ces chiffres démontrent un succès certain de la transaction en matière consumériste, détournant toute une partie du contentieux des juridictions pénales. Cela vient d'ailleurs contredire l'idée selon laquelle la transaction perdrait de son intérêt avec la mise en place des amendes administratives par la Loi HAMON et les nouveaux pouvoirs confiés à la DGCCRF. Toutefois, le succès de cette procédure interroge quant à sa place et son impact sur la sanction. Entre avantages et inconvénients, la transaction pénale mise en œuvre par l'autorité administrative, si elle a le mérite de la célérité, laisse dubitatif sur certains autres points.

b. La transaction, une procédure influençant le montant de la sanction

491. La transaction, une procédure accélérée garantissant une meilleure efficacité de la sanction. Le premier avantage de la transaction proposée par les agents de la DGCCRF réside dans sa célérité par rapport à une action classique devant les juridictions pénales, toujours trop longues. Cette accélération du processus sanctionnateur possède des avantages tant pour l'administration, que pour les contractants victimes et pour les contractants fautifs. L'encadrement du temps de la transaction permet à l'administration et à l'auteur de l'infraction de transiger rapidement sur les faits constatés dans un procès-verbal par les agents de la DGCCRF. Cela permet un certain suivi dans le contentieux. En outre, pour les contractants victimes, cela permet une meilleure protection puisque le professionnel fautif peut être tenu

¹⁷¹⁶ *Ibid.*

¹⁷¹⁷ Les différents chiffres sont à retrouver au sein des différents bilans rendus par la DGCCRF : DGCCRF, « Résultats 2016 de la DGCCRF », www.economie.gouv.fr/dgccrf ; DGCCRF, « Résultats 2017 de la DGCCRF », www.economie.gouv.fr/dgccrf

d'exécuter une autre obligation autre que le versement d'une somme d'argent en vue d'un meilleur respect des règles contractuelles.

Si le contrevenant rejette la transaction et préfère s'en remettre aux juridictions pénales, ce qu'il est totalement en droit de faire, il prend néanmoins le risque d'être condamné à une sanction plus importante, puisqu'il connaît le maximum encouru en cas de prononcé de la peine par un juge. Le choix de la transaction peut apparaître plus sûr pour lui, surtout qu'il comporte d'autres avantages non négligeables pour le contractant concerné : en l'absence de condamnation pénale, les peines complémentaires obligatoires associées à la peine principale ne peuvent pas non plus être prononcées. En outre, ils échappent également à une inscription de l'infraction à leur casier judiciaire et les faits concernés ne peuvent pas être retenus dans le cadre d'une éventuelle récidive légale. De plus, jusqu'à une date assez récente, l'absence totale de publicité liée à ces transactions garantissait aux professionnels auteurs des infractions une discrétion certaine quant à l'existence de la commission de ces infractions. Cela constituait un avantage certain par rapport à des poursuites pénales classiques, puisqu'il existe pour certaines des infractions concernées par la transaction la peine complémentaire obligatoire de publicité de la décision de justice. Cet argument est néanmoins à tempérer aujourd'hui, puisqu'en matière commerciale, la DGCCRF publie désormais les transactions¹⁷¹⁸. Dès lors, le contractant poursuivi a tout intérêt à accepter la transaction.

Pour l'administration, la transaction garantit la répression du comportement fautif de manière accélérée, même si elle est moins forte que si elle avait été prononcée par un juge pénal. La DGCCRF peut en profiter pour exiger la cessation des comportements. En outre, la Loi DDADUE du 3 décembre 2020 prévoit également la possibilité de prononcer la réparation du préjudice subi par des consommateurs ainsi que des obligations de mise en conformité¹⁷¹⁹. De plus, la prescription est interrompue par l'acte par lequel le procureur de la République donne son accord à la proposition de transaction¹⁷²⁰, et si le contractant fautif venait à ne pas exécuter la sanction prononcée dans le cadre de la transaction, alors le processus classique de la procédure pénale pourrait reprendre son cours. Il ne s'agit donc en aucun cas d'un sauf-conduit pour le professionnel coupable d'une infraction aux règles contractuelles¹⁷²¹.

¹⁷¹⁸ Les transactions en matière consumériste semblent encore échapper à cette publicité.

¹⁷¹⁹ E. Claudel, « Le volet concurrentiel de la loi Ddadue : issue d'un feuillet à rebondissements ! », *RTD com* 2020, p. 793 ; A. Denizot, « Une dadue de plus ! », *RTD civ.* 2021, p.211 ; M. Chagny, « Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale », *RTD com.* 2021, p.45.

¹⁷²⁰ C. consom., art. L. 523-3

¹⁷²¹ C. consom., art. L. 523-4.

492. La transaction, une procédure alternative risquée pour le contrevenant. Si la transaction semble présenter de nombreux avantages, que ce soit pour la société ou pour le contrevenant, il n'en demeure pas moins que la sanction encourue, si elle existe, n'est pas forcément celle prévue initialement par le texte d'incrimination. Le constat est généralement fait que le montant demandé à l'auteur de l'infraction dans le cadre d'une transaction est forcément moindre que le montant de l'amende auquel il aurait été condamné en passant devant le juge pénal. Cela se justifie notamment par la nécessité de maintenir un intérêt dans le choix de la transaction pour le professionnel fautif. Certes, le *quantum* prévu par le texte n'est que le maximum encouru et il est très fréquent que le juge adapte ce montant aux circonstances entourant la commission de l'infraction et à la personnalité de son auteur¹⁷²², procédant à l'individualisation de la peine. Toutefois, le choix du recours à la transaction présente une certaine part d'incertitude puisque le délinquant prend le risque de payer un montant supérieur à celui d'une amende qui aurait été prononcée par le juge pénal. À la différence de la transaction dans certains domaines comme en matière maritime¹⁷²³ où le prix payé ne peut excéder le tiers de l'amende encourue, aucune mention n'est faite en matière commerciale et consumériste.

Il est aussi à noter le manque de contradictoire, comme souvent lorsque l'administration prend les décisions, dans la procédure de transaction. Le professionnel mis en cause ne peut pas exprimer son opinion (excepté le fait d'accepter ou non l'offre de transaction), se défendre face aux accusations présentes dans le procès-verbal, alors qu'il peut arriver que des résultats d'analyses soient par exemple sujets à caution. Il se trouve alors face à un dilemme : soit il accepte la transaction, fondée sur des faits qu'il estime n'avoir qu'en partie commis (la plupart des infractions concerne des contraventions, pour lesquelles le cumul des peines est possible), soit il prend le risque de se défendre devant la juridiction pénale et d'être condamné finalement à une amende plus importante.

493. La protection ambivalente du contractant par la transaction. L'influence de la transaction sur la protection des contractants apparaît dès lors paradoxale. D'un côté, la transaction empêche le juge de prononcer une sanction pénale à l'encontre du contrevenant et de prononcer tant les peines principales que les peines complémentaires, ce qui évite *de facto* au

¹⁷²² La personnalisation de la peine est un des principes fondateurs du droit pénal. Chère à Beccaria, elle innerve le droit pénal actuel : C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Le Monde – Flammarion, coll. « Les livres qui ont changé le monde », 2010 (1764). C. pén., art. 122-1.

¹⁷²³ Décret n°89-554 du 2 août 1989 relatif aux transactions sur la poursuite des infractions en matière de pêches maritimes.

délinquant toutes les conséquences indirectes d'une condamnation pénale¹⁷²⁴, des considérations qui nuisent à une pleine expression de la sanction pénale, qui se voit comme court-circuitée par la transaction. D'un autre côté, cette procédure alternative aux poursuites pénales permet une effectivité de l'existence d'une sanction, puisque c'est en pratique dès l'issue du procès-verbal dressé que l'administration propose au contractant non diligent la mise en place d'une transaction, la proposition de transaction étant par la suite adressée au Ministère public. Dès lors, du constat de l'infraction au prononcé d'une sanction par le biais de la transaction et à son exécution, le délai est beaucoup plus rapide, ce qui permet un meilleur impact sur l'auteur mais également une plus grande protection de ses cocontractants, puisque non seulement l'administration peut prononcer le paiement d'une somme d'argent mais aussi exiger l'exécution d'autres obligations, parmi lesquelles la mise en conformité et l'indemnisation des victimes.

Il n'en demeure pas moins qu'une fois de plus, l'administration, et particulièrement la DGCCRF, *via* ses représentants¹⁷²⁵, voit ses pouvoirs encore accrus en matière contractuelle et dans la relation à la sanction non civile, ici la sanction pénale. Cela contribue à une lecture assez confuse des sanctions et des autorités propres à les prononcer. L'étendue du rôle de l'administration en matière contractuelle se manifeste également par le pouvoir d'injonction qui lui est conféré.

2. L'influence de la DGCCRF sur l'existence même de la sanction

494. Présentation. L'accroissement de l'importance de l'administration, et particulièrement de la DGCCRF, dans la gestion des comportements contractuels répréhensibles et des sanctions qui y sont associées, se manifeste de plus en plus, particulièrement depuis une quinzaine d'années. La loi HAMON constitue même le point culminant, en ce qu'elle a fait évoluer son rôle de manière significative. Outre la procédure d'avertissement, à vocation pédagogique (ainsi que la DGCCRF la catégorise elle-même¹⁷²⁶) qui existait déjà auparavant, la Loi du 17 mars 2014 a notamment permis de donner un nouvel impact au pouvoir d'injonction de l'administration,

¹⁷²⁴ Inscription au casier judiciaire, le fait que cela est sans influence en cas de récidive légale...

¹⁷²⁵ En l'occurrence, l'article R. 523-1 du Code de la consommation précise que sont compétents pour transiger ici le chef du service national des enquêtes de la DGCCRF, le directeur régional des entreprises, de la concurrence de la consommation, du travail et de l'emploi et le directeur de la direction départementale chargé de la protection des populations. L'alinéa 2 du même texte précise que ces derniers peuvent déléguer leurs signatures aux fonctionnaires de catégorie A placés sous leur autorité, augmentant significativement le nombre de personnes pouvant pratiquer les transactions.

¹⁷²⁶ DGCCRF, « Résultats 2016 de la DGCCRF », *op. cit.*, p. 5.

en lui permettant de lui associer des sanctions en cas d'inexécution. À travers l'injonction, se dessine alors pour l'administration un réel pouvoir pour l'administration d'influer sur le sort de la sanction contractuelle, avant même toute condamnation, puisque son existence va dépendre des injonctions prononcées par la DGCCRF et de leur respect par le professionnel contrevenant. La DGCCRF dispose donc d'un pouvoir étendu rendant la sanction hypothétique (a), accompagné d'un pouvoir d'injonction demeurant aléatoire.

a. Un pouvoir étendu rendant la sanction hypothétique

495. L'avertissement, une mesure éducative fortement utilisée. Dire que tous les manquements ou infractions commis en droit des contrats ne sont pas suivis de sanctions relève d'un doux euphémisme. D'ailleurs, comme il a déjà été remarqué précédemment, c'est même en vue de contrecarrer cette absence de recours à la sanction et pour satisfaire les contractants victimes, tout en garantissant l'efficacité du marché, que le droit commun des contrats et plus spécifiquement le droit spécial des contrats se renouvelle sans cesse. Le premier des freins auquel le droit des contrats se confronte est l'identification du manquement ou de l'infraction. Tant que le comportement du contractant fautif n'a pas été révélé, que ce soit par le cocontractant victime ou par un organisme, il est en effet difficile, pour ne pas dire impossible, de poursuivre plus avant. Toutefois, lorsqu'est mis en lumière le manquement du professionnel, il semblerait logique d'en déduire qu'il serait immédiatement signalé aux autorités compétentes en vue de prononcer la sanction adéquate.

Or, en pratique, aucun automatisme de la sorte existe. Mieux, au regard des chiffres divulgués par la DGCCRF, il apparaît même que cette dernière pratique de manière intensive la stratégie de l'avertissement. Cela consiste à transmettre au professionnel un document l'informant « *du constat d'un manquement ou d'une infraction mineure résultant d'une méconnaissance du droit ou d'une négligence dans son application* »¹⁷²⁷. Ainsi, en 2016, pas moins de 80 741 avertissements ont été émis en droit de la consommation¹⁷²⁸ par les services de la DGCCRF. Il est opportun de rappeler que la même

¹⁷²⁷ DGCCRF, « Résultats 2017 de la DGCCRF », *op. cit.*, p. 9.

¹⁷²⁸ Ce nombre englobe tous les avertissements prononcés en matière consumériste, qu'il s'agisse de manquements ou d'infractions contractuelles ou non. En 2020, 30 700 lettres d'avertissements ont été envoyées, contre seulement 1400 amendes administratives prononcées (DGCCRF, *Bilan d'activité 2020*, *op. cit.*, p. 16). Il ne faut pas déduire de ces chiffres une baisse trop conséquente de l'activité de la DGCCRF, mais les remettre dans le contexte de la pandémie mondiale due au Coronavirus. Les chiffres de 2021 devraient être un peu plus évocateurs.

année, 2 697 amendes administratives¹⁷²⁹ ont été prononcées, soit près de trente fois moins ! Ce constat démontre une volonté pour l'administration de ne pas recourir à la sanction à tout prix, privilégiant un meilleur équilibre du marché tout en présument d'un « oubli » ou d'une « omission » dans le respect des dispositions contractuelles par le professionnel fautif¹⁷³⁰. L'objectif est clairement ici de laisser l'opportunité au contractant de réparer ses erreurs sans le sanctionner de manière automatique, malgré l'accent mis sur les nouvelles sanctions dans les dispositions législatives récentes. On présume alors de sa bonne foi face aux nombreux impératifs législatifs auxquels il est confronté, tant que le manquement reste mineur.

Encore faut-il que cet avertissement soit suivi d'effets. C'est pourquoi, pour s'en assurer, l'autorité administrative peut aussi décider de passer un cap dans la sévérité face aux contractants malveillants en prononçant à leur encontre des injonctions, basculant ainsi dans les « mesures coercitives »¹⁷³¹.

b. Un pouvoir d'injonction demeurant aléatoire

496. Le pouvoir d'injonction renforcé des agents administratifs. L'injonction consiste en un « ordre, [une] prescription, [un] commandement émanant d'une autorité »¹⁷³². Il est difficile de déduire de cette définition un réel pouvoir de sanction émanant d'un pouvoir d'injonction. Pour autant, les notions se rapprochent, puisqu'en prononçant une sanction, le juge ordonne, prescrit à l'auteur de faits contraires à la loi d'exécuter une peine ou tout autre mode de punition. Par ces propos, il apparaît que le pouvoir d'injonction ressemble sensiblement à celui de sanction, le premier étant toutefois dénué du pouvoir de contrainte. L'injonction repose donc en grande partie sur son effet persuasif. Toutefois, si le non-respect de l'injonction conduit au prononcé

¹⁷²⁹ Ce nombre englobe toutes les amendes administratives prononcées en matière consumériste, qu'il s'agisse de manquements ou d'infractions contractuelles ou non.

¹⁷³⁰ En 2020, dans une année fortement marquée par la crise sanitaire, 30 700 lettres d'avertissement ont été envoyées, pour 6 600 lettres d'injonctions (95 d'entre elles furent suivies d'une remise en conformité. DGCCRF, *Bilan d'activité 2020*, ministère de l'Économie, des finances et de la relance, 2021.

¹⁷³¹ La dénomination est celle retenue par la DGCCRF dans « Résultats 2017 de la DGCCRF », *op. cit.*, p. 9.

¹⁷³² G. Cornu, *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd.. MAJ, 2020, v^o « injonction ».

d'une nouvelle sanction, à savoir une amende, alors le pouvoir de contrainte réapparaît. L'injonction devient alors sanction.

497. Un pouvoir d'injonction attribué aux autorités administratives. Ce pouvoir d'injonction, autrement appelé « pouvoir de fait »¹⁷³³, est une nouvelle fois confié aux agents de la DGCCRF, qui peuvent alors enjoindre aux contractants de se conformer à leurs dispositions, cesser tout agissement illicite ou de supprimer toute clause illicite des contrats proposés¹⁷³⁴. Ces injonctions, conçues « *comme des avertissements adressés aux contrevenants et destinés à les inciter à rectifier leurs comportements* »¹⁷³⁵, ont été développées dans une volonté de dépénaliser la vie des affaires, suivant ainsi, six ans plus tard, le Rapport Coulon¹⁷³⁶. Elles doivent être réalisées dans le respect du contradictoire et être assorties d'un délai raisonnable, garantissant en cela l'application d'un principe de légalité *a minima*.

Toutefois, la force de persuasion de ces injonctions restait toute relative avant 2014, puisqu'en cas de refus d'y répondre positivement, l'autorité administrative était somme toute assez désarmée. Exceptée une éventuelle transmission au Parquet, les agents de la DGCCRF ne pouvaient alors que saisir la juridiction civile ou administrative compétente pour demander au magistrat d'ordonner soit la suppression d'une clause illicite ou administrative, soit de mettre un terme aux manquements à des obligations contractuelles ou de faire cesser des agissements¹⁷³⁷. La DGCCRF recourt cependant assez rarement à cette prérogative, ce qui conduit à conférer un effet assez relatif au pouvoir d'injonction qui lui est accordé, alors qu'à l'étranger, des solutions sont trouvées, comme au Luxembourg, où le Code de la consommation¹⁷³⁸ prévoit que les infractions constatées par les fonctionnaires habilités à cet effet peuvent être punies par des avertissements taxés¹⁷³⁹. Dès lors, la question se pose de savoir comment renforcer le pouvoir de persuasion de ces injonctions.

¹⁷³³ V. not J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation, op. cit.*, p. 726, n°687.

¹⁷³⁴ C. consom, art. L.521-1 et L. 521-2.

¹⁷³⁵ N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation, *RDC* 2014, p.471.

¹⁷³⁶ J.-M. Coulon (dir.), *La dépénalisation de la vie des affaires, op. cit.*, 2008, p.28.

¹⁷³⁷ Possibilité mise en place assez tardivement également, puisqu'il a fallu attendre le début des années 2010 afin que le décret d'application soit mis en œuvre.

¹⁷³⁸ Code Luxembourgeois de la consommation, art. L.112-9 (2).

¹⁷³⁹ N. Sauphanor-Brouillaud, *Traité de droit civil. Les contrats de consommation – Règles communes*, LGDJ, 2^e éd., 2018, n°956.

498. Un pouvoir d'injonction enfin susceptible de sanction en cas de défaut d'obtempération. Par la Loi HAMON de 2014, la force du pouvoir d'injonction s'est révélée. En effet, le défaut d'exécution de ce qui était enjoint par les agents de la DGCCRF entraîne dorénavant le prononcé d'une sanction, qui prend la forme d'une amende administrative¹⁷⁴⁰. La prévision d'une telle amende en cas d'inexécution d'une précédente sanction rappelle furieusement le système mis en place afin de s'assurer du respect des peines complémentaires, encadré aux articles 434-38 et suivants du Code pénal. Le montant est néanmoins réduit, puisque l'amende sera d'un maximum de 3 000 euros pour une personne physique et de 15 000 euros pour une personne morale. Il est également précisé que le montant variera en fonction de la peine assortissant le manquement objet de l'injonction.

Cette possibilité de sanction en cas de défaut d'obtempération aux mesures d'injonction est toutefois encadrée et limitée. Ainsi, le manquement ayant justifié l'injonction doit être sanctionné soit par une amende administrative, soit par une sanction pénale. Dans le cas contraire (et donc en présence d'une « simple » sanction civile), l'injonction restera dénuée du pouvoir de contrainte. À titre d'exemple, les auteurs de pratiques déloyales sur le fondement des critères généraux ou de manquements aux conditions générales des contrats (autres que les clauses abusives) ne pourront pas être punis d'une amende administrative en cas de refus de s'exécuter à la suite d'une injonction. Le cas échéant, l'autorité administrative peut toujours user de son pouvoir de saisie devant les juridictions civiles aux fins d'ordonner la cessation des agissements illicites.

499. Etendue du pouvoir d'injonction. Le domaine d'application du pouvoir d'injonction de la DGCCRF n'a cessé de croître ces dernières années, atteignant son point culminant avec la loi HAMON, complété par la Loi Macron de 2015. Appliqué de façon généralisée en droit de la concurrence¹⁷⁴¹ (et donc plus particulièrement en matière de pratiques restrictives de concurrence), une grande partie du droit contractuel de la consommation entre désormais dans le champ de compétence de la DGCCRF¹⁷⁴², s'appliquant tant dans les textes relatifs aux obligations générales d'information précontractuelle que dans tous ceux concernant les conditions générales des contrats. L'ensemble des règles relatives au crédit à la consommation

¹⁷⁴⁰ C. consom., art. L.522-1 et s.

¹⁷⁴¹ J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. « Précis », 10^e éd., 2020, n°687 et s.

¹⁷⁴² N. Sauphanor-Brouillaud, « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation, *RDC* 2014, p.471.

et au crédit immobilier peuvent en outre faire l'objet de mesures d'injonctions de la part de la DGCCRF. L'injonction rencontre en pratique un succès certain, puisque sur les 24 811 mesures de police administratives prononcées en 2016, pas moins de 24166 constituaient des injonctions¹⁷⁴³, soit quasiment la totalité d'entre elles¹⁷⁴⁴.

500. Exemples de pouvoirs d'injonctions particuliers¹⁷⁴⁵. En matière de clauses abusives¹⁷⁴⁶, la DGCCRF dispose de pouvoirs accrus. Non seulement ses agents peuvent-ils prononcer une amende administrative¹⁷⁴⁷ à l'encontre d'un professionnel qui possède dans ses contrats une clause abusive figurant sur la liste noire¹⁷⁴⁸, mais le pouvoir d'injonction de supprimer la clause abusive peut également faire l'objet d'une publicité, comme le prévoit l'article L.521-2 du Code de la consommation. En outre, si l'autorité administrative décide de saisir les juridictions civiles ou administratives aux fins d'obtenir la suppression des clauses abusives, elle pourra demander que cette dernière ait un effet *erga omnes*, c'est-à-dire que la suppression de la clause s'applique à tous les consommateurs concernés par la conclusion de mêmes contrats d'adhésion, rendant cette saisine enfin intéressante, puisque beaucoup plus efficace¹⁷⁴⁹.

Un autre nouveau pouvoir d'injonction attire l'attention¹⁷⁵⁰ : il s'agit de la création d'une injonction spécifique de nature à renforcer la sécurité du commerce électronique. L'autorité administrative peut en effet enjoindre un professionnel de ne plus prendre aucun paiement avant l'exécution de ses obligations et d'informer le consommateur de l'injonction dont il a fait l'objet, particulièrement utile avec le développement croissant du commerce numérique. Toutefois, c'est la sanction en cas de défaut d'obtempération à cette injonction qui suscite un intérêt

¹⁷⁴³ Les chiffres indiqués ne discernent pas les mesures prononcées dans les domaines propres à la matière contractuelle.

¹⁷⁴⁴ DGCCRF, *Résultats 2016 de la DGCCRF*, Ministère de l'Économie et des finances, 2017.

¹⁷⁴⁵ V. notamment sur cette question : S. Detraz, « Les pouvoirs de l'Administration chargée de la consommation et de la concurrence et les sanctions », *LPA* 2014, n°128, p.22

¹⁷⁴⁶ N. Sauphanor-Brouillaud, « L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation », *RDC* 2016, p.97.

¹⁷⁴⁷ C. consom., art. L.241-2.

¹⁷⁴⁸ Liste établie par décret.

¹⁷⁴⁹ C. consom., art. L.141-1, VIII, 1° (dans sa rédaction issue de la loi HAMON)

¹⁷⁵⁰ Pour un énième exemple du pouvoir d'injonction, modifié par la Loi Macron du 6 août 2015 : Le 1° du VIII de l'article L.141-1 du Code de la consommation est modifié par la loi Macron (Loi n°2015-990, 6 août 2015, art. 210) : la DGCCRF est autorisée à demander la suppression des clauses illicite, interdite ou abusive (c'était le cas déjà depuis loi HAMON), mais le mot « interdite » a été ajouté dans les contrats proposés ou destinés aux consommateurs ou aux non-professionnels. Cela crée un obscurcissement du champ d'application du Code de la consommation. Article L.421-2 et L.421-6 du même code précisent que c'est pour « les contrats en cours ou non ».¹⁷⁵⁰

particulier : le cas échéant, le juge civil pourra en effet être saisi aux fins d'ordonner sous astreinte la suspension de la prise de paiement. De plus, la DGCCRF pourra saisir le juge des référés aux fins d'obtenir la cessation d'un service de communication en ligne¹⁷⁵¹. Ce pouvoir de saisine du juge des référés permet une accélération de la sanction apportée par les juridictions administratives, permettant une réponse rapide aux comportements contraires au droit contractuel. Prononcé par un juge des référés, les conditions procédurales sont en outre assurées, ce qui conduit à un pouvoir de l'administration très intéressant.

501. Bilan de la procédure d'injonction. Le pouvoir d'injonction ainsi attribué aux autorités administratives alterne entre garanties plus ou moins grandes offertes au professionnel à qui il est enjoint un acte. La DGCCRF s'est largement emparée de ce pouvoir d'injonction qui lui est conféré, tant par le Code de commerce que le Code de la consommation. En 2016, plus de 28 848 injonctions ont été prononcées¹⁷⁵², soit dix fois plus que les amendes administratives. En 2020, 6 600 lettres d'injonction ont été effectuées, dont 95% furent suivies d'une remise en conformité. Cette année-là, 1 400 amendes administratives ont été prononcées¹⁷⁵³. Ces chiffres, qui paraissent bas, doivent être replacés dans le contexte de la pandémie mondiale liée à la crise sanitaire du coronavirus. Une des premières applications de l'injonction issue de la loi HAMON a eu lieu contre le réseau social Facebook en 2016, à la suite de la détection de plusieurs clauses abusives au sein de son contrat d'utilisation. Le professionnel avait été préalablement averti de l'intention de la DGCCRF d'infliger une injonction. A l'issue d'un délai de soixante jours pour se mettre en conformité, si l'entreprise ne s'était pas mise en conformité, elle devait être sanctionnée d'une amende de 15000€, montant sommes toutes assez relatif au regard de son chiffre d'affaires¹⁷⁵⁴.

Que déduire de la pratique de l'injonction ? Tout d'abord, l'intérêt plus qu'éprouvé pour cette mesure corrective de la part de la DGCCRF prouve la relativité de la sanction, puisque si les professionnels se conforment aux injonctions, la sanction encourue ne se verra jamais prononcée. En outre, cette recrudescence du rôle de la DGCCRF, prononçant un grand nombre

¹⁷⁵¹ Telle que prévue par l'article 6.8 de la Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

¹⁷⁵² Ce chiffre correspond à l'ensemble des injonctions prononcées par la DGCCRF, qu'il s'agisse de répondre aux manquements contractuels ou non.

¹⁷⁵³ DGCCRF, *Bilan d'activité 2020*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁷⁵⁴ Sur cette affaire, voir notamment : M. Depincé, « L'une des premières applications du pouvoir d'injonction de la DGCCRF », <http://www.malodepince.com/2016/02/l-une-des-premieres-applications-du-pouvoir-d-injonction-de-la-dgccrf.html>, 10 Février 2016.

d'injonctions, met en lumière la double fonction de l'administration : la protection des contractants et la protection du marché par sa régulation. Reste à savoir dans quelle mesure l'une ne prend pas le pas sur l'autre. Si cela assure une plus grande stabilité contractuelle, puisque le but de ces injonctions a éminemment pour but de faire respecter les dispositions contractuelles existantes, la place même du contractant interroge, tout comme le sort réservé aux contrats déjà conclus, qui ne sont en aucun cas mentionnés dans les dispositions relatives aux injonctions. En outre, en cas d'injonction, une sanction qui devient habituelle en matière économique disparaît : la publicité, qui permet tant aux autres contractants de connaître les pratiques malveillantes des professionnels que d'avertir les autres professionnels de l'exigence réelle d'exécuter les dispositions contractuelles.

Certes, il s'agit d'une solution moins contentieuse, qui laisse une chance aux contractants fautifs de réparer leurs erreurs, ce qui peut être particulièrement louable lorsque les professionnels se sont empêtrés dans les méandres techniques de la loi et qu'il s'agit finalement plus d'une méconnaissance du droit plutôt que d'une intention malveillante. En outre, cela évite d'embouteiller les juridictions, tout en stabilisant l'ordre public contractuel. Toutefois, cette stabilité contractuelle suscite des interrogations lorsqu'il apparaît qu'en cas de recours contre la décision d'injonction, le contentieux sera traité par les juridictions administratives. Cela conduit donc à un paradoxe : les litiges contractuels de droit privé se retrouvent traités par les juridictions administratives, ce qui nuit indéniablement à la cohérence du contentieux et de la matière.

502. Rôle ambigu et multiple de la DGCCRF. Ces propos démontrent bien ce qui devient une caractéristique : le poids de plus en plus important que prend la DGCCRF, agissant comme un nouveau ministère public, décidant des poursuites à donner, cependant qu'elle gère également la police administrative, en procédant elle-même aux investigations tout en prononçant des sanctions. Ces différentes mesures démontrent également une absence de volonté du législateur de recourir à la sanction de manière intempestive et systématique. Cela prouve qu'il s'agit ici de la solution ultime qui ne sera mise en œuvre qu'en l'absence de bonne volonté des parties, du moins pour les manquements et les comportements mineurs.

503. Bilan. Alors que la sanction est classiquement entendue comme prononcée par les juges, il apparaît indéniable que de nombreux acteurs se sont emparés de la sanction non civile, l'éloignant de plus en plus d'un prononcé classique par une juridiction de jugement. Le Ministère public, en matière pénale, jouit de mesures et procédures alternatives propres à déterminer lui-

même la nature et le *quantum* de la peine, reléguant le juge du siège à une chambre d'enregistrement, du moins quand le délinquant l'accepte. La DGCCRF, quant à elle, fait office d'acteur toujours plus crucial au regard de la sanction, qu'elle soit administrative ou pénale au demeurant. Se transformant de plus en plus en ministère public *bis*, elle en prend également parfois ses nouveaux atours sanctionneurs. La sanction non civile, qu'elle soit administrative, ou peut-être encore plus pénale, apparaît souvent comme assez éloignée des textes incriminateurs, notamment quant à son *quantum*. La sanction prévue agit alors comme un simple moyen d'accès à la procédure souhaitée et non pas comme une fin en soi, et ne devient parfois qu'hypothétique. D'ailleurs, Mesdames Natacha Sauphanor-Brouillaud et Sabine Bernheim-Desvaux affirment en ce sens que : « *l'augmentation des plafonds [des sanctions] est souvent plus idéologique que pratique. Il existe une sorte de décalage des politiques qui réclament toujours plus de répression, tout en développant massivement les alternatives aux poursuites. Cela explique pourquoi les Parquets sont généralement très favorables au développement des sanctions administratives et des protocoles de transaction administrative* »¹⁷⁵⁵. Cet aboutissement que constitue le prononcé de la sanction non civile, dans le but de réprimer le contractant fautif tout en s'assurant de façon répressive le respect de l'ordre public économique, est également fonction du recours variable à ces sanctions.

II. L'incertitude de la sanction face au réalisme de la pratique

504. Présentation. Les éléments de procédure spécifiques à la mise en œuvre de la sanction non civile incitent à croire à une plus grande effectivité de la norme contractuelle. Pourtant, la pratique démontre qu'il reste encore des obstacles entre le texte de loi, le manquement et la sanction. Entre des limites procédurales au recours à la sanction non civile (A) et l'incertitude quant au prononcé et l'effectivité de cette dernière (B), il faut se garder d'être par trop optimiste.

A. De certaines limites procédurales au recours à la sanction non civile

505. Présentation. Le déroulé procédural entre la commission de l'infraction ou du manquement et le prononcé effectif de la sanction ne s'effectue pas de manière automatique et d'un seul trait de plume. Quelle que soit la sanction envisagée, des barrières sont à franchir pour

¹⁷⁵⁵ N. Sauphanor-Brouillaud et S. Bernheim-Desvaux, *op. cit.*

parvenir au résultat ultime : la protection du consommateur victime, de l'ordre public économique et du marché par la sanction non civile. S'il ne s'agit pas de revenir sur toutes les étapes de la procédure propres au prononcé du châtement prévu par les textes législatifs, il convient néanmoins de mettre en lumière certaines problématiques spécifiques¹⁷⁵⁶. Outre le nécessaire respect de l'ordre public et de l'intérêt général mis en avant, le législateur, dans le cadre des réformes relatives au droit économique, a toujours souligné l'insuffisance du droit civil, par ses limites procédurales¹⁷⁵⁷, à gérer le contentieux contractuel pour justifier le recours au droit pénal puis au droit administratif. Or, il convient de s'interroger sur la faculté ou non dont la société dispose pour identifier les comportements contractuels fautifs susceptibles de faire l'objet d'une sanction administrative et/ou pénale. Cela permet de mettre en lumière les difficultés contextuelles pratiques de l'administration et des juridictions françaises, qui influent irrémédiablement sur un éventuel prononcé d'une sanction non civile, à la suite de la commission d'une faute. Il est possible de constater des limites non seulement liées aux capacités d'action des demandeurs (1), mais également des limites liées à l'efficacité réelle des procédures (2).

1. Des limites liées aux capacités d'action des demandeurs

506. Les principaux agents pouvant permettre la mise en place de « poursuites »¹⁷⁵⁸. Que ce soit en matière pénale ou en matière administrative, les mêmes intervenants agissent dans le but de mettre en lumière les manquements commis par les auteurs en matière contractuelle. Cependant, leur efficacité s'avère parfois relative, notamment pour la victime, qui hésite encore par trop à agir devant les institutions en défense de ses droits (a). C'est pourquoi un rôle accru a été confié aux associations de défense des consommateurs en ce domaine (b).

a. Le rôle des victimes

507. La victime, une partie à inclure. La victime se retrouve bien souvent démunie dans la procédure pénale et *a fortiori*, au sein de la procédure administrative, qui se révèle totalement opaque pour elle. Dans ces conditions, il est difficile pour la victime non seulement de s'y

¹⁷⁵⁶ Ne sont pas étudiées toutes les questions relatives à la prescription, aux immunités, etc.

¹⁷⁵⁷ Cf. *supra* n°402 et s.

¹⁷⁵⁸ Le terme « poursuites » est ici volontairement employé de manière générale et non spécifique à la procédure pénale, permettant d'englober la procédure administrative.

retrouver, mais également de trouver une satisfaction dans un conflit où elle pourtant partie. Malheureusement, on ne fait pas de la victime le noyau de la procédure actuellement. Or, si procédure il y a, c'est très souvent qu'il y a eu cette victime qui a contracté. Par conséquent, il semblerait totalement logique de l'inclure le plus largement possible. En pratique, ce n'est pas le cas. Non seulement sa réparation n'est pas systématiquement prévue, mais elle n'est bien souvent pas au courant de la procédure administrative (à moins que la société soit intimée de le faire).

508. La victime et le déclenchement de l'action publique. L'action de la victime en matière pénale est assez classique. En effet, en matière pénale, la manière de déclencher l'action publique en vue d'obtenir justice et donc une sanction pénale semble on ne peut plus évidente : porter plainte. Il faut bien distinguer la plainte simple de la plainte avec constitution de partie civile, la première n'ayant « *d'autre effet que l'information du procureur qui, en pratique, donnera pour instruction aux policiers et gendarmes d'effectuer une enquête, pour qu'il puisse se faire une opinion sur la réalité de l'infraction et sur la suite à donner au dossier de procédure ainsi établi, notamment sur un éventuel exercice de l'action publique* », comme le rappellent Messieurs Serge Guinchard et Jacques Buisson¹⁷⁵⁹. La plainte avec constitution de partie civile, quant à elle, permettra à la victime d'une infraction pénale d'exercer son « droit d'action civile par la saisine d'une juridiction d'instruction ou de jugement »¹⁷⁶⁰. Le Ministère public pourra décider du sort qu'il souhaite donner aux poursuites (alternatives aux poursuites, classement sans suite ou encore renvoi devant une juridiction de jugement). Cela semble *a priori* une méthode assez simple pour la victime. Encore faut-il qu'elle ait conscience d'avoir été victime d'une infraction pénale, ce qui peut s'avérer moins évident en matière contractuelle que dans le cadre d'infractions plus communes comme des atteintes aux personnes ou aux biens tel que le vol. En outre, des barrières plus psychologiques se posent en droit économique, limitant le recours de la victime au droit pénal.

En droit de la consommation, il semble toujours un peu dérisoire de porter plainte au contractant s'estimant victime pour des montants parfois sommes toutes assez relatifs. La problématique qui se pose au consommateur est alors quasiment identique à celle qui se pose en droit civil¹⁷⁶¹ et à la réticence que la victime ressent pour agir, même s'il existe des particularités propres à chaque. En droit pénal spécifiquement, le recours au droit pénal

¹⁷⁵⁹ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexiNexis, 14^e éd., 2021, n° 1197, p. 765.

¹⁷⁶⁰ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.* p. 1014 et s., n° 1777 et s.,

¹⁷⁶¹ Cf. *supra*, n°426 et s.

implique des conséquences sociales majeures et permanentes connues de tous : opprobre généralisée¹⁷⁶², procédure publique. Au surplus, le contractant victime qui aurait porté plainte d'une façon jugée abusive pourrait être condamnée au paiement d'une amende civile, souvent d'un montant plus élevé que le préjudice subi par le non-respect des règles contractuelles¹⁷⁶³ ou même à cinq ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende lorsque la plainte constitue une dénonciation calomnieuse¹⁷⁶⁴.

En droit de la concurrence, le recours au droit pénal suscite tout autant de réticences. Les montants en jeu sont souvent bien plus importants qu'en matière consumériste, ce qui pourrait conduire les personnes morales victimes à agir de manière un peu plus certaine. Toutefois, l'implication n'est pas la même et pose des problématiques différentes. Déclencher l'action publique contre un cocontractant, c'est se mettre définitivement à dos un partenaire économique souvent essentiel à la bonne gestion de l'entreprise. En outre, la publicité résultant du recours à la voie pénale peut conduire les potentiels futurs cocontractants de l'entreprise ayant porté plainte à ne pas contracter avec ledit professionnel afin d'éviter tout trouble futur. Les personnes se retrouvent donc tiraillées entre le respect de l'ordre public, leur besoin de justice – et parfois de revanche – et la survie de leur entreprise.

509. L'action de la victime face à l'administration. En matière consumériste et de pratiques restrictives de concurrence, c'est la DGCCRF qui détient le rôle central dans tout ce qui relève des sanctions administratives. Cependant, comme en matière pénale, l'administration ne peut prononcer des sanctions sans qu'une affaire ne lui soit communiquée ou se soit fait jour à elle. Les victimes de comportements fautifs dont le châtement encouru est une sanction administrative peuvent s'adresser directement à la DGCCRF pour dénoncer des professionnels. Ainsi, le site Internet de la DGCCRF¹⁷⁶⁵ offre la possibilité de les contacter en insérant dès la page d'accueil de leur site Internet un onglet « Nous contacter-Faire une réclamation », donnant accès par la suite à des contacts téléphoniques, par courriel ou même par écrit. Par courriel, cela se présente comme des questionnaires guidés qui permettent de cibler les comportements fautifs reprochés. Encore faut-il néanmoins que le contactant lésé connaisse cette institution, et prenne

¹⁷⁶² Sur laquelle compte particulièrement le législateur puisqu'il tend à généraliser la peine de publication et de diffusion de la sentence prononcée (cf. *supra*, n°245 et s.)

¹⁷⁶³ C. proc. civ., art. 32-1 : « Celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive peut être condamné à une amende civile d'un maximum de 10 000 euros, sans préjudice des dommages-intérêts qui seraient réclamés ».

¹⁷⁶⁴ C. pén., art. 226-10.

¹⁷⁶⁵ <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf>

acte de l'existence de ce site¹⁷⁶⁶. Si la victime effectue les démarches en avertissant la DGCCRF, cela permettra en revanche la mise en lumière du comportement supposément fautif du professionnel visé et la mise en œuvre d'une enquête en vue de l'établissement des faits et, le cas échéant, pourra aboutir au prononcé d'une sanction si elle est justifiée par les manquements constatés, voire alerter le Ministère public lorsqu'une sanction pénale est encourue.

510. L'option de la victime : se tourner vers les associations de consommateurs. Le soutien d'un collectif peut alors s'avérer rassurant et peut même permettre de mettre en exergue des comportements fautifs renouvelés de la part des professionnels non diligents. La réunion de plusieurs victimes d'un même comportement fautif peut permettre de les rassurer en vue d'engager les poursuites. L'association de défense des intérêts des consommateurs peut en outre s'emparer du problème.

b. Le rôle des associations

511. L'incapacité de l'administration d'une pleine gestion. Le rôle de l'administration est déterminant à plus d'un titre. La DGCCRF dispose d'un rôle essentiel au sein du droit économique contractuel, puisqu'elle a non seulement le pouvoir de condamner des personnes à des sanctions administratives, mais elle a en outre les facultés de recherche des comportements frauduleux et d'opportunité des poursuites. D'aucuns diront qu'elle concentre les pouvoirs : ils n'auront pas tort. Or, les fonctions attribuées à la DGCCRF sont telles qu'il faut pouvoir les assumer par la suite. Il prend les atours d'un parquet bis en matière économique. Cependant, des considérations pratiques viennent inopportunément limiter la sanction des comportements fautifs, notamment les enquêtes ciblées, qui viennent nuire à une réelle recherche globale des comportements frauduleux. Le gouvernement étant dans l'incapacité de gérer toutes les situations conflictuelles, compte une fois de plus sur le réseau associatif pour venir le secourir. Cependant, les moyens accordés à ces associations de défense des consommateurs ne sont pas inépuisables et, au contraire, s'avèrent assez limités, surtout au regard des frais engendrés pour chaque procédure (cf. ce qui a déjà été dit en matière d'action de groupe notamment). Ce rôle de lanceur d'alerte attribué à ces associations ne peut être considéré comme suffisant et

¹⁷⁶⁶ Leur présence sur les réseaux sociaux Twitter, Facebook, ainsi que sur les sites de vidéos en ligne comme Youtube et Dailymotion participent de la visibilité de la DGCCRF, mais suppose d'y porter un intérêt préalable.

satisfaisant. Cela laisse l'opportunité à de nombreux faits fautifs de rester impunis. La réalité de la sanction s'éloigne alors encore une fois.

512. Un rôle informatif crucial mais insuffisant en droit de la consommation. Le rôle des associations est principalement à mettre en avant en matière de droit de la consommation, puisque c'est dans ce domaine qu'elles se sont particulièrement développées. Cela limite donc leur impact en droit de la concurrence. Le rôle informatif fait partie d'une des principales fonctions des associations de défense des intérêts de consommateurs. Cette information peut être diffusée par différents biais. L'influence de l'information dans les médias, magazines et sites Internet spécialisés permet d'alerter non seulement l'opinion publique, mais encore l'administration française qui pourra être amenée à diligenter des enquêtes à la suite de comportements fautifs dans le cadre de relations contractuelles ou encore le Ministère public, qui pourra également choisir de déclencher l'action publique¹⁷⁶⁷.

513. Rôle de défense des intérêts collectifs des consommateurs. Lorsque les associations exercent une action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs¹⁷⁶⁸, cela ne peut se faire que dans le cas où une infraction pénale a été commise. De fait, si l'association de consommateurs agit dans le cadre de cette action civile, cela peut faire office d'alerte à l'encontre du Parquet qui pourra être amené à déclencher l'action publique pour juger pénalement les faits commis. En outre, l'association de consommateurs, qui aura eu connaissance de manquements en matière contractuelle pourrait vouloir en avertir l'administration. Cependant, assez curieusement, sur le site Internet de la DGCCRF, dans le cadre de l'onglet « Nous contacter – Porter une réclamation », même s'il existe une catégorie pour les associations dans le cadre d'un contact par courriel, il ne s'agit en fait que de problématiques liées aux agréments des associations et en aucun cas de la possibilité de soulever des manquements constatés. On peut supposer qu'ils pourront procéder par une autre voie, par téléphone, par courrier, ou en

¹⁷⁶⁷ Sur le rôle informatif des associations, v. notamment : J. Calais-Auloy, H. Temple et M. Depincé, *Droit de la consommation, op. cit.*, ; S. Piédelièvre, *Droit de la consommation, op. cit.* V. également certains sites Internets d'associations de défense de consommateurs : <https://www.quechoisir.org/>; <https://www.clcv.org/>

¹⁷⁶⁸ Cf. *supra*, n° 427 et s.

remplissant le formulaire dédié aux particuliers, mais cela ne participe pas d'une voie rapide de lien entre des organismes qui participent tous de la défense des intérêts des consommateurs.

En outre, une autre problématique vient se présenter aux associations de défense des consommateurs. En effet, la question du financement pose tout autant question dans le cadre de la gestion des litiges civils¹⁷⁶⁹ que dans le cadre de la recherche et la gestion des manquements pouvant conduire au prononcé de sanctions administratives et/ou pénales¹⁷⁷⁰. Par conséquent, les associations ne peuvent pas gérer tous les manquements constatés qui lui sont reportés et l'organisation d'investigations ne peut être que limitée et en tout cas partielle¹⁷⁷¹.

514. Transition. La mise en lumière des comportements frauduleux reste assez difficile également en matière civile, les obstacles étant souvent les mêmes qu'en matière civile. Des spécificités liées aux procédures non civiles en elles-mêmes viennent en outre surajouter à ces difficultés.

2. Des limites liées à l'efficacité des procédures.

515. Présentation. La poursuite du respect des normes contractuelles en vue de garantir le maintien de l'ordre public économique tout en protégeant les contractants, tant dans leur liberté contractuelle que dans le respect de la bonne foi¹⁷⁷², a conduit le législateur à s'interroger ces quarante dernières années sur le meilleur moyen de punir le contractant fautif. Cela l'a amené à renouveler, comme cela a été étudié, d'abord le rôle du droit pénal, puis celui du droit administratif, dans le cadre du droit économique contractuel. Cependant, l'application qui en

¹⁷⁶⁹ Cf. *supra*, n° 426 et s.

¹⁷⁷⁰ Les financements de l'Etat alloués aux associations sont en diminution depuis quelques années (Sénat, « Baisse des subventions allouées aux associations de défense des consommateurs agréées », *Question écrite n° 21586* de M. Yves Détraigne (Marne - UC) 15e législature, publiée dans le JO Sénat du 18/03/2021 - page 1731).

¹⁷⁷¹ Mettre des exemples d'enquêtes menées par les assos de consommateurs (cf. site Internet de 60 millions de consommateurs) par exemple.

¹⁷⁷² Voir la lettre remise au Président de la République dans le cadre de l'Ordonnance du 10 février 2016.

est faite en pratique, que ce soit par les juridictions pénales (a) ou les autorités administratives (b), montre certaines limites, qui conduisent à une sanction finale parfois chimérique.

a. L'efficacité du droit pénal en question

516. Un droit pénal peu utilisé. La pénalisation du droit des contrats, et de manière plus générale, du droit des affaires, a suscité de nombreuses interrogations et critiques au fil des ans de la part de la doctrine et de la pratique. Cela a conduit à des discussions profondes qui ont notamment conduit à l'adoption de l'Ordonnance de 1986¹⁷⁷³, mais également au Rapport Coulon sur la dépénalisation de la vie des affaires de 2008¹⁷⁷⁴. Il a notamment été reproché le manque de procédures pénales engagées et l'insuccès de la législation pénale en matière économique. D'ailleurs, c'est en faisant suite à ces constats d'échecs qu'a été décidée la mise en place de sanctions administratives pour améliorer l'efficacité des normes consuméristes et concurrentielles. Par conséquent, on peut douter d'une réelle efficacité du recours au droit pénal en pratique, puisque les critiques antérieures risquent d'être encore d'actualité aujourd'hui. En outre, le droit pénal de la consommation tout du moins, n'apparaît pas comme une préoccupation première des parquets. Par conséquent, le bilan est, en pratique, un recours limité à la sanction pénale, alors que le législateur maintient sa politique de pénalisation de certains comportements tout en accroissant la répression de d'autres. En 2020, année particulière au regard de la crise sanitaire, 4 100 dossiers ont été ouverts par la DGCCRF. On remarque qu'il y a assez peu de suites pénales, et lorsqu'elles existent, elles sont le fruit de l'autorité administrative¹⁷⁷⁵.

b. L'efficacité de l'administration en question

517. La DGCCRF, le « parquet *bis* en matière économique ». Au regard des différents textes législatifs de droit de la concurrence et du droit de la consommation, le rôle central confié à la DGCCRF en matière économique, et notamment en matière contractuelle, est indubitable¹⁷⁷⁶. Au fil des ans, cette administration a vu ses compétences s'accroître de manière

¹⁷⁷³ Ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

¹⁷⁷⁴ J.-M. Coulon, *La dépénalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*

¹⁷⁷⁵ DGCCRF, *Bilan d'activité 2020*, *op. cit.*

¹⁷⁷⁶ En matière de protection économique des consommateurs, la DGCCRF affirme notamment, qu' « elle recherche et constate les infractions et manquements aux règles de protection des consommateurs (publicités mensongères, faux rabais, abus de faiblesse...) et vérifie la bonne application des règles de publicité des prix. » Puis, elle ajoute que « D'autres moyens sont mis en œuvre pour renforcer la protection économique des consommateurs : la concertation (notamment au sein du Conseil national de la

exponentielle, lui accordant pouvoirs d'information du public, d'enquêtes, d'orientation des poursuites et même de juge dorénavant puisqu'elle a le pouvoir d'infliger des sanctions administratives. La similitude de ces pouvoirs multiples n'aurait peut-être d'égal qu'avec ceux du Ministère public. D'ailleurs, au fil du temps et des réformes lui confiant toujours plus de rôles, la DGCCRF s'est muée en « parquet bis en matière économique ». Quasiment intronisée comme « grande protectrice de l'ordre public économique et contractuel et bonne gardienne de l'économie de marché », son rôle désormais prépondérant interpelle autant qu'il soulage et garantit le respect des normes contractuelles.

Les missions toujours accrues confiées aux agents de la DGCCRF, permettent d'une part d'avoir des spécialistes qui vont enquêter, en vue de pouvoir découvrir de manière plus pertinente les manquements commis par les professionnels. Cela soulage donc les autres services d'enquêtes, et notamment les services de gendarmerie et de police. En outre, le transfert de certains contentieux par l'administrativisation de la sanction pénale a permis de libérer les juridictions pénales de certains contentieux qui étaient jugés¹⁷⁷⁷ « non nobles » par eux pour se concentrer notamment plus sur les atteintes aux personnes¹⁷⁷⁸.

Cependant, ce rôle toujours plus important interpelle, tant les pouvoirs confiés à cette administration sont divers, se cumulent et s'entremêlent : entre « informer et accompagner », « effectuer des enquêtes et des contrôles » et « donner des suites aux constatations réalisées », qui peuvent être pédagogiques, correctives ou répressives¹⁷⁷⁹, le cumul des fonctions, pour ne pas dire le cumul des pouvoirs, apparaît certain. Cela semble limité par le fait que ce ne sont pas les mêmes agents qui enquêtent, orientent les contentieux et sanctionnent mais reste troublant. Cependant, l'indifférence relative de cette question dont font preuve les observateurs en la matière interroge également. Une grande partie de la doctrine semble même applaudir le recours de plus en plus important à l'administration, en ce que ça permet une dépénalisation¹⁷⁸⁰ du droit

consommation), l'information sur Internet, les publications de la Direction générale, l'accueil du public dans les directions territoriales »¹⁷⁷⁶. En matière de régulation concurrentielle des marchés, la DCCRF dit agir par « la lutte contre les pratiques commerciales déloyales pour assurer notamment la loyauté des relations entre les fournisseurs et les distributeurs » : <https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/La-DGCCRF/Missions>

¹⁷⁷⁷ Reprendre les articles présentant la loi HAMON de 2014.

¹⁷⁷⁸ V. notamment, partageant cet avis, vice-procureur du TGI d'Angers en charge du droit pénal de la consommation portant sur la mise en œuvre pratique des sanctions pénales en cas de non-respect de l'obligation d'information précontractuelle, in N. Sauphanor-Brouillaud et Sabine Bernheim-Desvaux, *Jurisclasser concurrence – consommation*, “Fasc. 849 : pratique des sanctions de l'obligation d'information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services et sur le prix. – annexes”, 31 décembre 2016.

¹⁷⁷⁹ DGCCRF, *Les contrôles de la DGCCRF. Pouvoirs d'enquête et de sanction*, juin 2018.

¹⁷⁸⁰ Une dépénalisation relative tout du moins..

économique contractuel et un allègement du contentieux devant les juridictions pénales, tout en assurant le respect de l'ordre public économique et de la protection de l'intérêt général.

518. Un rôle essentiel dans l'identification des contentieux. Parmi les multiples compétences attribuées par le législateur, les pouvoirs d'enquête confiés aux agents de la DGCCRF sont ceux qui vont permettre de révéler les manquements et infractions commis par les professionnels. Ce pouvoir d'enquête, comme il a déjà été précisé, peut intervenir à la suite d'une alerte effectuée par une ou plusieurs victimes, ou encore une association. Cependant, la DGCCRF mène également des enquêtes de sa propre initiative, qui sont souvent ciblées. Partant, l'administration a par exemple été amenée à intensifier ses contrôles autour des activités liées à l'Euro de football 2016¹⁷⁸¹ ou encore contrôlé la même année 2678 établissements dans le cadre de son enquête sur le respect des délais de paiement¹⁷⁸². Fin 2017 et début 2018, c'est à un renforcement des contrôles « auprès des fabricants, grossistes et importateurs de produits alimentaires (foie gras, miels) et non-alimentaires (jouets, sapins et décorations) liés aux fêtes »¹⁷⁸³ que la DGCCRF a procédé. Essentiels, ces contrôles ciblés empêchent pourtant la recherche sur d'autres contentieux¹⁷⁸⁴, outre la gestion des effectifs de cette administration et leur diminution constante. Enfin, le rôle de la DGCCRF s'avère fondamental au regard des sanctions pénales, puisque c'est bien souvent cette administration qui avertira le Ministère public des infractions constatées afin qu'il décide des poursuites éventuelles contre les professionnels fautifs, ce qui incontestablement influera sur la réalité de la sanction. S'il est d'une évidence déconcertante de rappeler que pour qu'elle puisse exister, la sanction, qu'elle soit administrative ou pénale, doit réprimer un comportement fautif qui a eu lieu, il l'est quasiment tout autant de souligner que son existence dépend également de sa découverte. Si tant la victime que les associations de défense des intérêts des consommateurs ou l'administration contribuent à dénoncer les manquements et autres infractions commis, il s'avère néanmoins que des limites contextuelles viennent tempérer le recours effectif à la sanction non civile.

519. Les problèmes d'effectifs de la DGCCRF. Il a été vu précédemment que le législateur mettait de grands espoirs en l'efficacité de l'administration, et donc de la DGCCRF, afin de juguler le contentieux du droit contractuel spécial, particulièrement celui conduisant au

¹⁷⁸¹ DGCCRF, *Résultats 2016 DGCCRF*, 2017, p. 2.

¹⁷⁸² DGCCRF, *Résultats 2016 DGCCRF*, 2017, p. 6.

¹⁷⁸³ DGCCRF, *Résultats 2017 DGCCRF*, 2018, p. 5.

¹⁷⁸⁴ Il a été établi qu'une entreprise était en moyenne contrôlée une fois tous les douze ans.

prononcé de sanctions administratives et pénales. Toutefois, un tel poids ne peut être supporté qu'avec une administration solide, forte d'un personnel en nombre suffisant afin de déceler les comportements fautifs, les traiter et le cas échéant, transférer les litiges à l'autorité judiciaire lorsque cela relève de son ressort. Or, la question des effectifs de la DGCCRF interroge depuis quelques années, puisque les nombres montrent une diminution constante des agents de cette administration. Tandis qu'ils étaient 3800 agents avant la réforme de l'administration territoriale de l'État, le nombre était de 2800 en 2017, soit une diminution de 26,3%. Or, la Loi de finances de 2018¹⁷⁸⁵ prévoit la suppression de 45 postes supplémentaires, alors même que les missions confiées à la DGCCRF ne cessent de s'accroître au fil des réformes, qu'il s'agisse de la Loi HAMON en 2014 à la Loi Sapin II en 2016 en passant par la loi Macron en 2015. Preuve en est le développement des sanctions administratives, en droit de la consommation et en droit des pratiques restrictives de concurrence avec pour exemple typique les amendes administratives en matière de manquements au respect des délais de paiements.

Le risque est alors que les agents de la DGCCRF ne soient plus en mesure d'identifier tous les manquements contractuels et qu'ils ne puissent donc pas faire remonter les fautes en vue d'infliger ou de faire infliger les sanctions encourues, qu'elles soient administratives ou pénales. L'administration relève d'elle-même qu'elle se consacre chaque année à certains contrôles spécifiques, qu'elle nomme « Ciblage des enquêtes annuelles », délaissant de fait certains autres secteurs. Il a pu être constaté en outre un nombre de contrôles et de visites en baisse constante entre 2008 et 2015 malgré, il faut le reconnaître, une proportion de manquements constatés par rapport aux visites qui a eu tendance à augmenter de manière globale sur la même période.

La doctrine et les praticiens ont déjà fait le constat de ces réductions liées à la diminution des effectifs de la DGCCRF. C'est ainsi que Madame Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD et Madame Sabine BERNHEIM-DESVAUX, constatent, à la suite d'un entretien auprès d'un membre du Ministère public, qu'« *avant les réductions d'effectifs à la DGCCRF, c'étaient les agents de la DGCCRF qui alertaient sur le fait que l'infraction était commise nationalement. Aujourd'hui, les agents sont moins nombreux et ils concentrent leurs efforts sur le préventif et non sur le judiciaire* ». Cette difficulté est également soulignée par Marie PIQUE, responsable DGCCRF de la Mayenne, interrogée sur l'affaire Lactalis de Craon et l'impossibilité pour le service de faire face à un contrôle généralisé de tous les établissements.

¹⁷⁸⁵ Loi n°2017-1837 du 30 décembre 2017 de finances pour 2018.

520. L'organisation de la DGCCRF en questionnement. Le problème du nombre d'agents de la DGCCRF n'est pas le seul qui peut être souligné et qui peut expliquer l'influence que cela peut avoir à terme sur la sanction administrative et la sanction pénale. Il apparaît en effet que la chaîne de transmission de l'information au sein de cette administration a évolué ces dernières années. Comme le souligne Marie Pique, responsable DGCCRF de la Mayenne, les agents « n'ont plus l'autorité pour récupérer l'alerte sur l'ensemble du réseau et gérer la crise ». Désormais, une partie des agents de la DGCCRF « travaille sous l'autorité de la région, quand l'autre partie a été rattachée au préfet du département ». La question de l'indépendance de ces agents se pose alors selon Marie Pique, puisqu'ils doivent « désormais obtenir l'aval du préfet pour, le cas échéant, contrôler et sanctionner les entreprises ». La crainte d'un arbitrage en faveur d'une entreprise fautive mais créatrice d'emplois est alors émise par des certains. Monsieur le sénateur André Reichardt constate également les limites à la déconcentration des services de la DGCCRF et propose d'y remédier dans un avis au nom de la Commission des lois de Sénat. Il est indéniable que la volonté de renforcer le pouvoir administratif en matière contractuelle ne doit pas aller sans un renforcement de son administration, en disposant de services quantitativement suffisants pour pouvoir gérer tous les manquements contractuels existants en matière consumériste et concurrentielle. Sans quoi, pas de procédure engagée et pas de sanction prononçable, alors même que les différentes réformes législatives récentes ont mis en avant le pouvoir et l'impact de la DGCCRF dans le règlement des litiges par une adaptation des sanctions en les administratisant.

B. L'incertitude quant au prononcé et à l'effectivité de la sanction non civile

521. Présentation. Une fois franchies toutes les barrières matérielles, procédurales et psychologiques, vient finalement le moment du prononcé de la sanction. Si elle se fait par une juridiction de jugement pour les sanctions pénales, il revient à l'administration, c'est-à-dire une nouvelle fois la DGCCRF, de statuer sur les sanctions administratives. Le juge va jouer un rôle

déterminant (1), lequel va se combiner avec le rôle incertain de la sanction prononcée sur l'auteur (2).

1. Le rôle déterminant du juge dans le prononcé de la sanction

522. Un rôle essentiel. Le rôle du juge dans la détermination de la sanction est fondamental et est logique. C'est lui, fort des éléments qu'il a pu entendre des débats et des pièces de procédure, va décider de la culpabilité ou non de l'auteur et de la sanction qui lui sera imputée. Cet exercice se fera dans le respect du principe d'individualisation de la peine¹⁷⁸⁶, ce qui conduira le juge, particulièrement en droit pénal à effectuer « un difficile équilibre entre l'intérêt [de l'auteur] et l'intérêt de la société » selon Monsieur Jean PRADEL¹⁷⁸⁷. Il devra donc établir le montant de la sanction non seulement en fonction du passé, délinquant ou non, de l'individu, mais également en fonction des circonstances de l'affaire, de son repentir, de sa volonté de régulariser ou non la situation auprès des victimes. On ne peut qu'abonder dans le sens de cette nécessité d'individualisation de la peine, même pour les personnes morales, car elles ne sont évidemment pas toutes dans la même situation économique et une même amende prononcée à l'encontre d'une petite SARL ou d'une grande entreprise cotée en bourse n'aura pas les mêmes conséquences pour leur avenir. Le juge administratif sera d'ailleurs également amené à prononcer ses sanctions en prenant en considération l'environnement de l'auteur¹⁷⁸⁸.

Cependant, en pratique, pendant très longtemps, les amendes prononcées étaient beaucoup trop faibles pour avoir un véritable impact sur les condamnés, malgré des sommes encourues assez élevées¹⁷⁸⁹. Qu'il s'agisse des sanctions administratives ou des sanctions pénales, le constat restait indubitablement le même. Dès lors, cela remet en question l'intérêt de poursuivre les auteurs d'infractions, questionnant l'efficacité des mesures et la pertinence de l'existence de ces sanctions, en droit de la consommation et en droit de la concurrence. Aujourd'hui, on constate une certaine évolution dans le montant des amendes prononcées, notamment par le biais d'amendes civiles¹⁷⁹⁰ ou d'amendes administratives en matière de délais de paiements¹⁷⁹¹. En

¹⁷⁸⁶ Sur cette question, v. not. R. Saleilles, *L'individualisation de la peine*, 3^e éd. Paris, 1927.

¹⁷⁸⁷ J. Pradel, *Procédure pénale*, *op. cit.* ; p.70, n°79.

¹⁷⁸⁸ Cf. *infra*, n°581 et s.

¹⁷⁸⁹ Cf. J.-M. Coulon, *Rapport sur la dépenalisation du droit des affaires*, *op. cit.*

¹⁷⁹⁰ Condamnation d'Amazon à payer une amende de 4 millions d'euros pour des clauses commerciales déséquilibrées dans les contrats conclus avec des entreprises utilisant sa plateforme par le tribunal de commerce de Paris dans un arrêt de 2019 : T. com. Paris, 2 sept. 2019, *Amazon*.

¹⁷⁹¹ Cf. Décision 2021.

matière pénale, le constat reste toujours le même. Les affaires vont difficilement devant les juridictions et quand elles y parviennent les montants ne sont pas à la hauteur¹⁷⁹². La question de la spécificité du litige peut alors se poser ici : les juges sont-ils assez formés pour connaître de ces affaires ? Ne devraient-ils pas être spécialisés ?¹⁷⁹³

Transition. Au-delà de l'incertitude sur l'influence du juge sur la sanction, reste l'incertitude quant à la sanction prononcée.

2. Le rôle incertain de la sanction prononcée

523. Présentation. Le principe du respect des délits et des peines impose que l'on connaisse la sanction encourue en cas de violation d'une règle juridique. De fait, la condamnation à cette sanction conduit à des conséquences directes qui ont pu être prises en considération par l'auteur (a). Néanmoins, on observe également des conséquences indirectes au prononcé de la sanction (b).

a. Les conséquences directes du prononcé de la sanction

524. La variabilité de l'impact de la sanction. Il faut s'interroger sur l'impact de la sanction sur la personne qui la subit, personne physique et/ou personne morale. Selon la qualité de la personne, son poids économique, la réalité de la sanction peut prendre différentes teintes : passant d'indolore à un vrai handicap dans la suite de l'activité. Il a été mentionné à plusieurs reprises que les litiges consommateurs étaient souvent de faible valeur. La condamnation d'une entreprise à fort chiffre d'affaires au paiement d'une amende administrative ou pénale d'un faible montant aura indubitablement moins d'impact que si l'auteur est une petite ou moyenne entreprise. La remarque est d'autant plus vraie pour les personnes physiques.

525. La peine d'emprisonnement en matière économique, une chimère ? Les personnes physiques peuvent dans le cadre de certaines infractions pénales être condamnées à

¹⁷⁹² V. not.. Martine Behar-Touchais : « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs, *LPA* 2002, n°232, p.36. V. également l'intervention de Monsieur Louis Vogel dans le cadre du 15^e anniversaire du Conseil de la concurrence, qui insiste sur les risques de blocage liés aux sanctions pénales et ajoute que les sanctions pénales sont souvent disproportionnées ici et qu'elles empêchent le jeu des procédures de clémence

¹⁷⁹³ Sur cette question, cf. *infra*, n°551 et s.

une peine d'emprisonnement. Marqueur physique, psychologique et social fort¹⁷⁹⁴, la détention est aujourd'hui la sanction la plus impactante. Pourtant, cette sanction entraînera souvent des conséquences moindres pour l'individu en pratique car la politique pénale actuelle veut que l'on n'incarcère pas les personnes pour des petites peines, de moins de deux ans d'emprisonnement, par manque de place, lorsqu'il s'agit de primo-délinquants, mais aussi au regard des infractions commises. Vont alors être privilégiées des placements sous bracelets électroniques par exemple. Cela remet en perspective l'influence et l'impact réels de la sanction prononcée par les juges.

Outre l'impact des conséquences directes, des conséquences plus indirectes se font jour à la suite du prononcé de la sanction.

b. Les conséquences indirectes du prononcé de la sanction

526. Des conséquences indirectes de la sanction. Si les conséquences directes du prononcé d'une sanction diffèrent selon sa nature., les conséquences indirectes sont aussi très diverses. C'est en matière de sanctions pénales que des effets, pour ne pas dire imprévus puisqu'ils sont inscrits dans la loi, mais tout du moins médiats de la peine se font jour. Parmi ces effets se trouve l'inscription au casier judiciaire mais encore l'inscription dans certains fichiers nationaux.

527. L'inscription au casier judiciaire. Le prononcé de la sanction pénale a pour conséquence son inscription au casier judiciaire de la personne, qu'elle soit physique ou morale. Cela aura indéniablement un impact plus important pour les personnes physiques que pour les personnes morales car il n'existe pas de bulletin n°3 pour les personnes morales. Toutefois, cela reste très important car la teneur et le contenu du casier judiciaire vont conditionner la vie future des agents économiques, notamment pour l'exercice de certaines fonctions professionnelles. Ainsi, dans le cadre d'une réinsertion pour les personnes physiques, il sera certainement plus difficile de trouver un emploi, particulièrement dans un domaine où l'on a un passif judiciaire, particulièrement pénale. L'avantage de la procédure administrative est ici majeur en

¹⁷⁹⁴ Cf. *supra*, n°161 et s.

comparaison avec la procédure pénale car il existe un plus grand droit à l'oubli. Il est toutefois à noter qu'il est parfois possible de plaider l'absence d'inscription de la peine sur le bulletin n°2.

528. La publicité liée à la publication des décisions. Considérée parfois comme une peine complémentaire, la publication de la décision, qui a tant lieu en matière pénale qu'administrative, peut revêtir une importance fondamentale. Lorsque la sanction prononcée est connue du plus grand nombre, elle permet tant la prévention que l'infliction de l'humiliation publique. En outre, dans des domaines où un même contractant professionnel tend à conclure des dizaines, des centaines, voire des milliers de contrats similaires avec des consommateurs, la médiatisation de l'information de la sanction peut permettre d'engager de nouvelles poursuites à l'encontre du contractant malveillant.

En matière pénale, les voies traditionnelles de publication, via l'affichage notamment dans l'entreprise ou dans certains médias locaux, est assez classique. En outre, les décisions peuvent se retrouver sur le site de Legifrance pour les plus fameuses d'entre elles. En matière administrative, si les voies d'affichage devant l'entreprise sont également possibles, il ne faut pas négliger l'importance du site Internet de la DGCCRF, qui regroupe un grand nombre de décisions. La durée de la publication est plus ou moins limitée selon l'infraction commise et les accords conclus lors des transactions avec les professionnels fautifs.

On constate néanmoins que la médiatisation de ces décisions en matière économique est assez faible. L'attrait pour ces décisions, à l'exception des grandes décisions impliquant des grands groupes industriels, commerciaux ou économiques comme les GAFAs, est assez limité pour la presse française. De fait, nombre de contractants peuvent ignorer le fait que leurs futurs partenaires économiques ont été condamnés à une sanction pénale ou administrative¹⁷⁹⁵. Or, cela serait nécessaire pour les avertir d'un éventuel danger à contracter. Il faut néanmoins contrebalancer cet argument avec l'indispensable droit à l'oubli dont doivent bénéficier les auteurs reconnus coupables de manquements ou d'infractions.

529. Conclusion chapitre. La procédure est un élément véritablement déterminant du droit économique contractuel. Plus encore que dans certains autres domaines, le législateur a créé un système procédural innovant en impliquant dans la réponse répressive non seulement les

¹⁷⁹⁵ L'affirmation serait d'autant plus vraie pour le prononcé des sanctions civiles également, qui font l'objet d'encore moins de publicité et qui restent à l'abri de la discrétion des prétoires.

magistrats, mais également l'autorité administrative et les associations en défense de consommateurs. En constatant l'insuffisance des procédures classiques, civiles et pénales, le législateur fait l'aveu d'un système de droit commun qui s'essoufle. C'est pourquoi il a construit, au gré des réformes législatives, un système procédural innovant, qui tend de plus en plus à associer les différentes entités de la discipline. Celui qui n'était alors qu'agent administratif devient juge en prononçant des sanctions administratives, le ministère de la Justice dispose de pouvoirs de également, en pouvant agir en justice ou en intervenant à l'action. Le ministère public, enfin, dispose de plus en plus d'influence sur le prononcé de la sanction. Tous les schémas classiques de la procédure sont bouleversés. Les associations de défense des consommateurs se substituent au ministère public en agissant au nom de l'intérêt collectif ou d'une pluralité d'intérêts individuels. Cependant, toutes les nouvelles actions ne trouvent pas le succès escompté, à l'image de l'action de groupe. C'est pourquoi, il apparaît indispensable de pousser à son paroxysme l'évolution procédurale en droit économique contractuel. Ce n'est qu'à ce prix que les sanctions non civiles retrouveront une meilleure effectivité

Chapitre 2. L'évolution impérative des règles procédurales pour une meilleure effectivité des sanctions non civiles.

530. Présentation. À la lumière des développements de la première partie, le constat est sans appel sur la responsabilité portée par les lacunes procédurales sur l'efficacité de la norme et sur leur influence sur le choix de la sanction non civile encourue : la création des sanctions administratives et le pouvoir accordé à l'administration (la DGCCRF) est ici particulièrement visé. Or, d'une part, le choix du recours à telle ou telle sanction ne devrait pas être influencé par les facilités procédurales qui en découleront mais il devrait bien être réalisé en fonction de l'intérêt en présence à défendre. D'autre part, si l'on veut redonner une cohérence au système actuel et le rendre plus efficient, des modifications procédurales profondes sont nécessaires. Cependant, le choix est une nouvelle fois ici fait de ne pas totalement renier ce qui a déjà été créé, mais plutôt de prendre appui sur le système actuel en vue de créer un système innovant, respectueux des droits des personnes poursuivies, mais garantissant également un meilleur accès à la justice, et donc aux sanctions, aux contractants victimes de comportements malveillants et de manquements. Ainsi, il sera proposé de modifier le système juridique actuel tout en accordant une place de premier choix à la DGCCRF. Ces transformations passeront par la création d'une sorte de « guichet unique »¹⁷⁹⁶, qui permettra aux victimes de rencontrer un interlocuteur qui pourra le diriger vers les bonnes procédures, le guider selon qu'il souhaite seulement obtenir réparation ou obtenir une sanction plus élevée pour son contractant. Ce système de guichet unique devra travailler en étroite collaboration avec les services de la DGCCRF et du Parquet, à qui l'on pourrait « faire remonter » plus rapidement les manquements susceptibles d'engager des poursuites administratives et/ou pénales. Serait alors créée une nouvelle sorte de Parquet, semblable au parquet financier. Afin de garantir une plus grande protection des droits des contractants poursuivis, une supervision par le Parquet et les magistrats de l'ordre judiciaire semble impérative, non seulement parce que l'outil principal en jeu est le contrat, « outil civil », mais également parce que le respect des droits des personnes poursuivies devrait être garanti par l'ordre judiciaire ici. À cette occasion, le rôle des associations de défense des consommateurs

¹⁷⁹⁶ Comme il peut en exister déjà dans certaines procédures civiles.

pourra être rediscuté, afin de leur donner plus de matière à agir pour protéger les contractants. Un accès facilité à la sanction (Section 1) et des garanties accrues pour les contractants (Section 2) devraient permettre de mettre en place un cadre procédural optimal en vue de la pleine effectivité des sanctions en droit économique contractuel.

Section 1. Un accès facilité à la sanction

531. Présentation. Jean RIVERO a affirmé : « *on attend, de la peur du gendarme et du juge, qu'elle suffise à maintenir dans les sentiers du Droit ceux qu'effleure la tentation de s'en écarter* »¹⁷⁹⁷. Cette crainte du gendarme et du juge, de l'autorité à la sanction a un effet certain sur les comportements de nombreux citoyens – particulièrement en matière routière. Cependant, cette « peur du gendarme » doit être relativisée car elle est fonction de la réalité de la peine et de l'efficacité reconnue ou non du système sanctionneur. Comme le souligne Monsieur Julien BATAILLE, « *si l'objectif principal de la répression est bien le respect du droit, il faut, pour que cette stratégie fonctionne, que le gendarme existe, qu'il cherche, qu'il trouve, qu'il prononce une sanction et qu'il veille à son application* »¹⁷⁹⁸. Pour cela, il faut des institutions clairement identifiées disposant de capacités d'actions réelles. L'identification d'un interlocuteur privilégié pour tous les acteurs du monde économique contractuel, y compris les victimes, permettrait la centralisation des intérêts communs et une meilleure défense de l'ordre public économique renforcé. En pratique, cela pourra se traduire par la création d'un « guichet unique », lieu de réception et de coordination du droit économique contractuel (I) et par la modernisation de l'institution judiciaire en la matière (II).

I. La création d'un « guichet unique ».

532. Présentation. Face aux difficultés liées à la diversité des sanctions encourues, de la multiplicité des acteurs et de la complexité de se retrouver dans les règles de fond et de forme existantes, les différents contractants se retrouvent bien souvent démunis face à la justice économique française. Afin de faciliter l'accès à la justice de ces personnes que le législateur

¹⁷⁹⁷ J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Dalloz, Paris, 1985, p.678.

¹⁷⁹⁸ J. Bataille, « Chapitre VI, L'exécution et l'efficacité de la répression administrative », in Julien Bétaïlle, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguerge, Elise Langelier, et al.. *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]* Mission de recherche Droit & Justice. 2017, sp. p.115.

considère régulièrement comme parties faibles du contrat, il apparaît indispensable de renouveler les procédures existantes d'accès à la justice en privilégiant un premier interlocuteur unique pour le contractant qui souhaite saisir la justice, qu'il connaisse déjà ou non la nature de sa demande. Cet interlocuteur va prendre la forme d'un guichet unique, structure aux ressources multiples qui permettra de gérer les questions et litiges techniques des usagers de la façon la plus idoine possible. L'intérêt multiple du guichet unique (A) est démontré à plusieurs niveaux, que ce soit pour les autorités ou pour les justiciables. Cela conduit à une mise en œuvre originale de ce guichet unique (B).

A. L'intérêt multiple du guichet unique

533. Un rôle dual. La mise en place d'une structure telle qu'un guichet unique dédié aux litiges économiques doit se faire dans un double objectif : il doit non seulement permettre de favoriser le recours à la justice (1), mais il doit en outre permettre une meilleure identification des manquements (2), ce qui conduira à une optimisation de la sanction.

1. Favoriser le recours à la justice

534. Favoriser l'accueil et l'orientation des victimes. Les critiques effectuées à l'encontre du système judiciaire actuel en matière économique, et dans les litiges contractuels en particulier, font état d'une appréhension des victimes de se lancer dans un processus procédural complexe et inconnu. Comme cela a déjà été souligné par ailleurs¹⁷⁹⁹, le système judiciaire français impressionne autant qu'il est craint et d'aucuns sont tentés de ne pas faire valoir leurs droits plutôt que de se lancer dans une procédure juridique longue et souvent coûteuse, particulièrement dans le cadre de litiges de moindre importance financière. Nonobstant, ces victimes ne pourront pas obtenir satisfaction et les règles juridiques édictées resteront ineffectives. Pourtant, il apparaît indispensable de favoriser l'accès à la justice des contractants victimes de manquements et cela peut se matérialiser par la création d'un guichet unique. Cette structure aurait pour but premier d'accueillir tous les contractants victimes souhaitant avoir des réponses juridiques sur la procédure à suivre pour faire valoir leurs droits. Les membres de ce

¹⁷⁹⁹ Cf. *supra*, n°402 et s.

guichet unique pourraient alors les guider en orientant ces derniers soit vers une procédure adaptée à leur litige (civile ou pénale par exemple), soit en les dirigeant vers des professionnels du droit compétents. Les justiciables n'étant très souvent pas à même de qualifier juridiquement les manquements auxquels ils font face, les membres du guichet unique effectueraient ce travail de qualification et savoir, ce qui permettrait de savoir de quelle procédure le litige relève, ainsi que son ressort. La création d'une telle structure aurait pour avantage de constituer une unité de lieu pour le justiciable, qui saurait où se diriger en cas de litige. Cela constituerait un point d'entrée du contractant au sein du système judiciaire, avant qu'il soit orienté vers les juridictions, les structures de médiations adéquates ou tout autre professionnel du droit compétent pour traiter de son litige.

535. Des précédents en matière judiciaire. Ce type de service n'est pas totalement inconnu en matière juridictionnelle. Le législateur, bien conscient des difficultés des justiciables à saisir les bonnes juridictions et effectuer les bonnes démarches, a mis en place progressivement des structures à leur service. Ont d'abord été mis en place des guichets uniques de greffes (GUG) dans certaines juridictions à titre expérimental dans le ressort de cinq cours d'appel dès 1998, à l'initiative de la Garde des Sceaux de l'époque, Madame Élisabeth GUIGOU. Le but était alors de permettre l'amélioration du fonctionnement des juridictions au service des citoyens¹⁸⁰⁰. Cette expérience fut ensuite étendue, comme à Pau¹⁸⁰¹, au tribunal de grande instance de Tarbes en 2007 ou à la Cité judiciaire de Nancy en 2010¹⁸⁰². Le ministère de la Justice présentait le guichet unique des greffes comme un « *point unique d'accès du citoyen à la justice* », permettant « *d'assurer un accueil et une orientation de qualité* » pour constituer « *un point d'entrée dans le système judiciaire en facilitant les démarches procédurales, l'enregistrement, l'acheminement et le suivi des procédures et des voies de recours* »¹⁸⁰³. En outre, le GUG devait également permettre d'orienter les justiciables vers les autres professionnels du droit, comme les avocats, Maisons de la justice et du droit, associations, etc. Les premiers retours furent assez positifs¹⁸⁰⁴, ce qui incita le législateur à aller plus loin dans la démarche en créant, dans le cadre de la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la Justice¹⁸⁰⁵, le Service d'accueil unique du justiciable (SAUJ). Mis en place depuis le 1^{er} janvier

¹⁸⁰⁰ <https://www.senat.fr/questions/base/2000/qSEQ000626037.html>

¹⁸⁰¹ http://www.cdad-pyreneesatlantiques.justice.fr/templates/cdad64.php?id_page=60

¹⁸⁰² <http://www.justice.gouv.fr/justice-civile-11861/le-guichet-unique-de-greffe-un-service-daccueil-de-qualite-20604.html>

¹⁸⁰³ *Ibid.*

¹⁸⁰⁴ <https://www.senat.fr/questions/base/2000/qSEQ000626037.html>

¹⁸⁰⁵ Loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle.

2017, le SAUJ permet un accueil physique et numérique des justiciables, afin d'obtenir les renseignements nécessaires sur toutes les procédures en général, sur son affaire en particulier, et ce dans le cadre d'une juridiction se situant proche de lui. La modernisation technologique de ces dernières années imposait en effet la possibilité d'effectuer en première intention des démarches sur le site Internet du ministère de la Justice¹⁸⁰⁶ en plus des démarches physiques. Cependant, si le site donne accès à un certain nombre d'informations utiles sur les droits des justiciables, il reste encore insuffisant pour le guider dans les démarches judiciaires.

536. Un guichet unique propre au domaine économique. La démarche du guichet unique que nous proposons de mettre en place ici n'irait pas à l'encontre de ce qui existe déjà, au contraire. Il s'agirait plutôt d'une spécialisation de ce service à tous les litiges économiques. Le SAUJ pourrait ainsi guider les justiciables vers ce nouveau service dès qu'il s'agit d'un litige économique. L'avantage de la création de cette nouvelle structure serait la connaissance renforcée par les agents d'accueil, des juristes, des procédures existantes dans ce domaine économique, rassemblant le droit commun des obligations, le droit de la consommation et le droit de la concurrence, et donc un meilleur guidage vers les procédures adaptées. En outre, au regard du contexte multi-sectoriel de ce domaine, avec le domaine judiciaire et administratif, il s'avère indispensable de créer une structure *sui generis* afin de permettre une meilleure prise en charge de tous les manquements et litiges contractuels. Il faut alors constituer une entité composée de représentants de diverses institutions : un greffe, un représentant du ministère public spécialisé dans le domaine¹⁸⁰⁷, des membres de la DGCCRF, ainsi que des représentants des associations de défense des intérêts des consommateurs.

Comme le GUG en son temps et le SAUJ par la suite, ce nouveau service de guichet unique dédié aux opérations économiques serait en mesure de guider les justiciables dans les démarches et les orienter vers les professionnels du droit adaptés, notamment lorsqu'une mesure alternative au règlement des litiges est envisagée. En outre, ce bureau constituerait un véritable support pour les justiciables dans l'aide fournie pour la constitution des dossiers, en vue notamment de rassembler les pièces nécessaires à l'étude de leur dossier, ce qui est fondamental dans un domaine où la représentation par avocat n'est la plupart du temps pas nécessaire. Cela constituerait donc un lieu-source de connaissances juridiques pour les justiciables souhaitant

¹⁸⁰⁶ <https://www.justice.fr/>

¹⁸⁰⁷ Cf *infra*, n°552

faire valoir leurs droits. De plus, ce nouveau service pourrait, si cela apparaît pertinent, diriger les contractants vers une association de défense et/ou vers des avocats si le litige apparaît trop compliqué ou si une action collective existe déjà sur ce même type de litiges. Evidemment, afin que ce guichet unique puisse prendre toute sa mesure et qu'il dispose d'une application effective dans l'accueil et l'accompagnement des victimes de litiges économiques, il est indispensable que des campagnes de publicité soient réalisées en vue de faire connaître au plus grand nombre l'existence de cette structure.

Transition. Ce nouveau service de la justice serait un premier contact pour les victimes avec la justice. Mais ce ne doit pas être que cela. S'il doit s'agir d'un interlocuteur privilégié des contractants victimes en les accompagnant au cours de la procédure, le guichet unique devra dépasser les attributions des guichets existants en ce que ce service jouera également un véritable rôle d'identification des manquements pour la justice et l'administration.

2. Favoriser l'identification des manquements

537. Repérer les manquements grâce aux remontées des victimes. Parmi les deux fonctions attribuées à ce nouveau guichet unique, la deuxième serait de participer à l'identification des manquements en matière contractuelle, et plus largement économique. Le constat a été fait des lacunes dans la détection des manquements, empêchant le traitement de ces derniers et le prononcé des sanctions, qu'elles soient civiles, administratives ou pénales. Ainsi que le souligne Monsieur Gérard Marcou, en matière économique, « *tout part des contrôles* »¹⁸⁰⁸. Même si l'administration peut être avertie par le Parquet ou par certains contractants de certains manquements, il n'en reste pas moins que c'est souvent par les contrôles que la DGCCRF identifie les manquements et peut par la suite mettre en œuvre les procédures visant à les faire cesser et à sanctionner les auteurs. Or, on a pu constater que ces contrôles, partiels et orientés, sont insuffisants à garantir une bonne identification des litiges, qui s'avère dès lors partielle¹⁸⁰⁹. Le système de détection employé par la DGCCRF est insuffisant, ils font face à des restrictions budgétaires et de personnel qui conduisent inexorablement à faire des choix ciblés d'enquêtes et d'investigations, laissant de fait certaines autres situations inconnues et par conséquent non

¹⁸⁰⁸ G. Marcou, « Chapitre III. Modes de répression et action administrative », in Julien Bétaille, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguergue, Elise Langelier, et al. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017. fihal-01448559, sp. p.79.

¹⁸⁰⁹ Cf *supra* n°518.

sanctionnées. Les contrôles effectués par l'administration, imparfaits, ne suffisent donc pas à garantir une pleine efficacité de la norme contractuelle. Les sanctions civiles dépendent de la sollicitation de la justice par les victimes, tout comme la plupart du temps les sanctions pénales, qui doivent également passer l'épreuve de l'opportunité des poursuites. En outre, un manque de communication patent entre les différentes entités qui gèrent les manquements contractuels conduit indubitablement à une absence de prise en charge réelle des manquements contractuels, souvent par manque d'identification de ces derniers. La constitution de ce guichet unique, lequel ferait office de bureau d'alerte, permettrait donc, tout en facilitant l'accès aux justiciables à la justice contractuelle, de mieux identifier les manquements grâce aux remontées des contractants s'estimant lésés et d'en offrir une meilleure visibilité et lisibilité. Les cocontractants lésés, en se manifestant auprès de ce guichet unique, pourraient alors permettre l'identification de malveillances et déclencher des procédures administratives ou pénales, le Ministère public étant alerté et pouvant déclencher l'action publique ou saisir l'autorité administrative compétente. Conséquemment, cela entraînera une meilleure effectivité de la norme contractuelle car nulle sanction ne peut être prononcée envers les auteurs des manquements si ces derniers ne sont pas mis en exergue.

538. Assurer une meilleure cohésion de la réponse juridictionnelle. De plus, le manque d'unicité en matière des sanctions économiques est certain. Actuellement, le droit économique comprend un maillage très fourni d'acteurs qui agissent trop souvent les uns indépendamment des autres. Non seulement on constate un manque de cohérence entre le prononcé des sanctions de différentes nature mais, plus encore, malgré un certain dialogue entre le parquet et les services de la DGCCRF, on observe trop souvent des manquements non sanctionnés, faute de transmission aux autorités sanctionnatrices compétentes ou de bonne prise en charge d'un contentieux spécifique, que ce soit par manque de connaissances dans le domaine traité ou pour des raisons de politique économique et/ou pénale. En effet, si la justice se veut objective, elle est aussi muée par des considérations pratiques, notamment de politique locale, qui peuvent conduire à ne pas vouloir réprimer des professionnels qui pourvoient des emplois dans des bassins économiques parfois tendus. Le constat a d'ailleurs été fait que l'administration ne transmettait que les cas les plus graves ou les plus médiatiques¹⁸¹⁰ aux parquets. Cette absence

¹⁸¹⁰ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », in Julien Bétaille, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguergue, Elise Langelier, et al.. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017. ffhal-01448559, sp. p.51.

de communication entre services est néfaste pour le droit économique, puisque cela laisse trop de place à l'incertitude dans la répression et plus largement la sanction des manquements contractuels. L'instauration d'un guichet unique regroupant en son sein des membres de l'administration (DGCCRF) et du Parquet, ainsi que du greffe, permettraient de prendre pleine possession du contentieux contractuel, d'assurer une meilleure coordination entre les différents domaines, de pouvoir envisager les comportements frauduleux dans leur entièreté et non pas de façon sectorisée entre les différents types de sanctions encourus. Tous ces acteurs ont à cœur de préserver les droits des contractants, particulièrement ceux des contractants en position de faiblesse, et de protéger le marché. La création de guichet unique donnerait enfin l'opportunité de réunir tout le monde sur une scène unique, sorte de plate-forme coordinatrice des différents litiges économiques. Enfin, la création de cette structure sui generis permettrait de construire le lien entre l'administration et les victimes, jusqu'alors quasi-inexistant. Effectivement, si la DGCCRF met bien en place des mécanismes d'alerte des consommateurs, particulièrement en cas de rappel de produits défectueux, et laisse l'opportunité aux justiciables de se rendre sur le site pour les contacter, cela reste en pratique très insuffisant. Or, les contractants peuvent être victimes de manquements sanctionnés administrativement tandis que la DGCCRF relève des infractions à la réglementation dont certains contractants sont victimes, lesquels pourraient, au demeurant, demander réparation pour le préjudice subi ou toute autre sanction civile. La mise en place du guichet unique tendra à renouer les liens entre justiciables et administration.

539. La dénomination de ce guichet unique : le bureau des litiges économiques. Reste à savoir comment dénommer ce guichet unique. Le terme « guichet unique » ne peut pas être maintenu, et ce pour deux raisons. D'une part, l'appellation est déjà utilisée dans plusieurs situations. Premièrement, cette notion se retrouve dans le cadre du Règlement général sur la protection des données. Il s'agit alors d'une nouvelle procédure instaurée en 2018 qui a « vocation à harmoniser au niveau européen les décisions des autorités de protection des données concernant les traitements transfrontaliers »¹⁸¹¹, et uniquement ces derniers¹⁸¹². Deuxièmement, des références à cette expression de « guichet unique » se retrouvent également en matière administrative puisqu'on la retrouve à titre de procédure depuis 2007 pour l'instruction et la mise en signature de dossiers normatifs, relatifs aux fonctionnaires et agents

¹⁸¹¹ <https://www.cnil.fr/fr/le-guichet-unique>

¹⁸¹² On retrouve certaines similitudes avec ce que nous proposons de mettre en place, puisqu'il s'agit d'instaurer un interlocuteur unique pour créer une unicité et pour faciliter les démarches des entreprises concernées.

publics, laquelle permet de n'adresser qu'un seul dossier et de ne recevoir en retour qu'un courrier unique¹⁸¹³. D'autres occurrences se retrouvent en matière administrative, notamment dans le cadre de l'OFPPRA¹⁸¹⁴ ou de l'éducation nationale¹⁸¹⁵. Le but est à chaque fois de réunir et de faciliter les démarches des administrés. Il n'est donc pas possible de maintenir cette dénomination, et ce afin d'éviter toute confusion. D'autre part, cette appellation ne peut pas perdurer car elle ne traduit pas assez l'intérêt de cette entité. Rien ne la rattache à sa fonction, exceptée la notion d'unicité. C'est pourquoi il est impératif de lui donner un nom rendant cette structure facilement identifiable pour les contractants, puisqu'un des buts principaux est bien que ces derniers puissent avoir un accès facilité à la justice afin de mieux garantir leurs droits.

S'agissant d'une structure à visée juridictionnelle mais qui comportera également des entités extérieures, administrative (DGCCRF) et privées (associations de défense des consommateurs et autres contractants), elle ne pourra pas être considérée comme une juridiction en tant que telle. Une première possibilité offerte serait de le nommer le « *bureau des contractants* », ou « *bureau des litiges contractuels* ». Néanmoins, cela s'avérerait trop restrictif puisque ce dispositif devrait permettre d'identifier tous les manquements consuméristes, qu'un contrat existe ou non. Une deuxième hypothèse serait celle de la dénommer le « service des consommateurs et de la concurrence ». Cette appellation aurait l'avantage de marquer l'aspect économique tout en ne se restreignant pas aux litiges contractuels. Toutefois, cette hypothèse doit être également rejetée car cela exclut les litiges du droit commun, alors qu'il apparaît impératif de les intégrer. Dès lors, une troisième dénomination pourrait rassembler tous ces critères : être assez large pour englober tous les litiges contractuels tout en laissant la possibilité des manquements qui ne seraient pas strictement contractuels : le « *bureau des litiges économiques* ». Le problème de limitation des domaines n'est alors plus discuté et tous les contractants, quels que soient leurs statuts, peuvent se diriger vers cette structure, laquelle peut traiter de manquements un peu plus larges.

¹⁸¹³ V. not. Circulaire du 27 décembre 2012 relative à l'instruction et à la mise en signature dans le cadre du guichet unique des dispositions applicables aux fonctionnaires et agents publics.

¹⁸¹⁴ <https://www.ofpra.gouv.fr/fr/node/649>. Le site informe que le « guichet unique est le lieu où vous sera délivré le formulaire de demande d'asile à renvoyer à l'Ofpra. Les guichets uniques sont composés d'agents de la préfecture et d'agents de l'Office français de l'immigration et de l'intégration (OFII), réunis spécifiquement pour assurer l'accueil des demandeurs d'asile. »

Il existe 38 guichets uniques répartis sur l'ensemble du territoire métropolitain.

¹⁸¹⁵ H. Pradeaux, J.-M. Bérard, *Mission d'étude sur le rôle du guichet unique dans la procédure de reconnaissance d'intérêt pédagogique*, ministère de l'Éducation nationale, de l'enseignement supérieur et de la recherche, n°2004-160, déc. 2004.

540. Transition. L'intérêt de ce bureau des litiges économiques établi, il reste à savoir comment va s'organiser celui-ci va s'organiser et quelles en seront ses compétences.

B. La mise en œuvre originale du guichet unique

541. Présentation. Comme présenté ci-dessus, le bureau des litiges économiques présenterait un double aspect, d'accueil et de conseil des victimes d'une part, de gestion et d'orientation des litiges d'autre part. Cela suppose un cadre précis (1) ainsi qu'une procédure originale fondée sur la coopération entre les différentes instances (2).

1. Le cadre

542. Les personnes pouvant solliciter le bureau des litiges économiques. Ainsi qu'évoqué précédemment, le bureau des litiges économiques a vocation à traiter de tous les litiges économiques, au sens large du terme, ce qui comprend tous les litiges contractuels, de droit commun et de droit spécial (consommation et concurrence). Dès lors, il est indispensable que les personnes pouvant solliciter l'aide de ce guichet unique soient tous les contractants s'estimant victimes d'un manquement contractuel dans ces domaines. En pratique, cela concernerait un grand nombre de litiges du quotidien, puisque tous les litiges de consommation seraient concernés, tous comme les baux d'habitation¹⁸¹⁶ ou encore les litiges liés aux emprunts. Le champ des personnes ayant la possibilité de solliciter cette structure est volontairement large, dénué d'exceptions, car il a été observé au cours de cette étude que dans nombre de cas, les définitions choisies¹⁸¹⁷ ou les procédures prévues, particulièrement les actions collectives¹⁸¹⁸, étaient tellement restrictives qu'elles excluaient de nombreux contractants d'obtenir réparation et sanction pour les manquements subis. Le but est d'offrir un accès à l'information relative aux litiges économiques complet à toutes les personnes s'estimant concernées. Ce sera ensuite aux membres du bureau des litiges économiques d'orienter les victimes vers les procédures adaptées à chacun de leurs litiges, au regard des spécificités procédurales édictées, exerçant ainsi une sorte de « filtre », à l'image de ce qui existe en matière de question prioritaire de constitutionnalité

¹⁸¹⁶ Dont l'appartenance au droit de la consommation fut discutée dans le cadre de la mise en œuvre de l'action de groupe.

¹⁸¹⁷ La définition stricte du consommateur par exemple, excluant les professionnels n'agissant pas dans leur domaine de compétence.

¹⁸¹⁸ Cf *supra*, n°427 et s.

(QPC) pour laquelle la Cour de cassation et le Conseil d'Etat filtrent les QPC devant être soumises à l'examen du Conseil constitutionnel. Seraient alors écartées les demandes manifestement ubuesques, les contentieux imaginaires.

543. La composition du bureau des litiges économiques. La composition du bureau des litiges économiques telle que nous la proposons est assez originale puisque si sa composition de base - greffe et représentant du ministère public - est assez classique, la présence de représentants de la DGCCRF et des associations de consommateurs la rend beaucoup plus étonnante. Le but est en effet de créer une structure mixte regroupant tous les acteurs du droit économique en une seule structure.

La présence d'un greffier au sein du bureau des litiges économiques n'étonnera pas, son ancêtre s'appelant le guichet unique des greffes. Il constitue le premier contact avec le public, le justiciable. Sa présence, en tant que juriste confirmé et fin connaisseur des procédures, est indispensable à la bonne orientation des victimes vers les procédures et modes alternatifs aux règlements des litiges adéquats. De plus, ce greffe travaillera en étroite collaboration avec un représentant du ministère public, un procureur, spécialisé dans le domaine économique.

Il a déjà été observé que le Ministère public joue souvent un rôle pivot en matière de sanctions en droit économique contractuel, il apparaît donc cohérent que cette position soit utilisée et mise en avant ici comme un véritable coordinateur. Si son rôle sera développé ultérieurement, il est toutefois possible de préciser dès à présent que ce magistrat supervisera le travail des greffes, rassemblera les informations communiquées sur les litiges par tous les acteurs du bureau, puis organisera la mise en œuvre des procédures adaptées à chacun d'entre eux.

Le troisième acteur présent au sein du bureau des litiges économiques est un représentant de l'administration, en l'espèce un agent de la DGCCRF. Là pointe l'originalité de cette structure puisqu'il s'agit d'introduire à titre permanent un membre d'une entité administrative au sein d'une institution qui apparaît plus judiciaire. Pourtant, cela ne doit pas étonner, puisque cette proposition poursuit finalement la lancée du législateur qui s'est évertué depuis tant d'années à introduire l'administratif dans la gestion des litiges économiques qui doivent normalement relever du domaine judiciaire. Ici, nous poussons l'idée à son paroxysme en organisant une véritable coordination¹⁸¹⁹ entre les autorités administratives et judiciaires et en instaurant une

¹⁸¹⁹ Et pas seulement celle de réunions épisodiques avec des bilans imprécis communiqués rapidement.

communication permanente entre elles. Poursuivant l'idée d'une identification plus conséquente des litiges économiques, la présence de la DGCCRF au sein du bureau des litiges économiques se révèle indispensable. Non seulement elle sera avertie rapidement de litiges nécessitant une enquête de la part de ses services, mais elle pourra également communiquer plus rapidement au Ministère public nécessitant un traitement de sa part. En outre, comme mentionné par ailleurs, cela permettra de créer un lien plus réel entre les victimes et l'administration, car cette dernière sera plus à même d'effectuer des recherches, des enquêtes, et les victimes pourront bénéficier de ces résultats, à tout le moins celles qui se seront manifestées.

544. L'information et la présence des associations. La question de la présence des associations au sein du bureau des litiges économiques est encore plus délicate. En effet, il s'agit de personnes de droit privé, qui n'ont d'habitude pas leur place au sein des institutions. Néanmoins, force est de constater que leur objectif est le même que celui des institutions : obtenir la protection de l'intérêt collectif et des personnes qu'elles défendent, généralement parties considérées comme plus faibles au contrat. Or, il s'agit également de l'état d'esprit du législateur en introduisant toutes les lois protectrices consuméristes et concurrentielles, et même de droit commun¹⁸²⁰. En outre, il a déjà été constaté que le législateur attendait beaucoup des associations, à tel point qu'elles ont pu être comparées à un palliatif de l'inaction du Ministère public¹⁸²¹. En les intégrant au sein de ce service, même de manière non permanente, cela contribuerait à leur donner la pleine possession de leurs moyens. Cela renforcera leur rôle de deux manières : d'une part, elles seront plus visibles pour les victimes ; d'autre part, elles pourront plus facilement identifier les litiges mettant en cause l'intérêt collectif ou une pluralité d'intérêts individuels, en vue de déclencher des actions collectives, grâce aux remontées des justiciables.

Leur présence continue n'est néanmoins pas envisageable, car elles n'auraient pas le personnel requis et cela ne s'avère pas pertinent. Cependant, une permanence ponctuelle peut être envisagée, sous forme de roulement entre les principales associations. Elles seraient également toutes conviées à la réunion périodique organisée pour faire un point sur les litiges en cours et

¹⁸²⁰ On pense ici à la protection contre le déséquilibre contractuel et contre la violence économiques, protégées par le législateur en droit commun depuis l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2016. En matière de violences économiques, l'article 1143 du Code civil dispose : « *Il y a également violence lorsqu'une partie, abusant de l'état de dépendance dans lequel se trouve son cocontractant à son égard, obtient de lui un engagement qu'il n'aurait pas souscrit en l'absence d'une telle contrainte et en tire un avantage manifestement excessif.* »

¹⁸²¹ Cf supra chap 7.

les suites à donner à certains contentieux particuliers. Le but est ici de profiter des moyens alloués à ce bureau des litiges économiques en vue de faire profiter les associations qui mettraient en œuvre les actions collectives en vue de protéger les intérêts des consommateurs notamment. Cela ne rentrera pas en contradiction avec le principe de neutralité des juridictions, puisque le bureau des litiges n'est pas une juridiction. De plus, on ne reproche pas au Ministère public d'être proche des magistrats du siège alors qu'ils ne défendent pas toujours les intérêts.

545. La question du barreau. La présence d'avocats au sein de ce bureau pose question. A première vue, leur place n'y est pas acquise. Sans qu'il s'agisse de les exclure, cependant, leur statut s'accommode moins avec l'idée générale et la perspective que l'on se fait de ce bureau des litiges économiques. Toutes les entités déjà intégrées au sein de ce guichet unique ont pour mission globale de prévenir les litiges ou, le cas échéant, de les traiter en vue de sanctionner les auteurs des manquements. Or, les avocats peuvent tout autant défendre les victimes de manquements contractuels que les auteurs de ces derniers, ce qui est logique puisqu'il s'agit bien évidemment de leur rôle. Leur mission n'est donc pas tournée exclusivement vers la protection des contractants, des consommateurs et du marché. Cependant, un certain nombre d'entre eux pourraient contester cette exclusion, à l'image de ce qu'il s'est passé en matière dans le cadre de l'action de groupe lors de son introduction par la Loi relative à la consommation du 17 mars 2014 (dite Loi HAMON)¹⁸²², où les avocats ont été exclus de la possibilité d'engager cette procédure, au profit exclusif des associations, comme le regrettait alors Monsieur Marc VEBER¹⁸²³. Toutefois, il convient de maintenir cette exclusion des avocats du bureau des litiges économiques. Le lien ne sera pas ignoré, puisque ce bureau pourra guider les justiciables vers des avocats pour assurer leur défense et un point pourra être adressé au barreau à la suite de la réunion périodique qui aura lieu avec tous ses membres.

546. Localisation du bureau des litiges économiques. Afin d'être au plus près des justiciables, un bureau des litiges économiques devrait se trouver au sein de chaque tribunal judiciaire, avec la composition complète. En outre, il pourrait être possible d'avoir une antenne dans chaque tribunal de proximité, pour l'accueil et l'orientation des usagers à tout le moins. En effet, la présence physique au plus proche des justiciables est indispensable à la bonne exécution de la mission confiée à ce nouveau service. En outre, une présence digitale est également

¹⁸²² Loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹⁸²³ https://veberavocats.com/fr/l-avocat-dans-la-procedure-d-action-de-groupe_a407.

indispensable, avec la tenue d'un site Internet avec les questions et les démarches les plus courantes, complet et par lequel les contractants pourraient obtenir une première réponse à distance sur la pertinence d'ester en justice, de quel type de procédure il s'agit. Le cas échéant, les interlocuteurs gérant le site Internet pourraient les diriger vers le bureau des litiges économiques de leur ressort. Cela constituerait en outre un intérêt non négligeable pour les justiciables se trouvant hors de nos frontières. Les possibilités offertes par le site justice.fr et le site de la DGGCCRF sont actuellement insuffisantes à garantir une pleine effectivité du système, il faudrait dès lors créer un site Internet national dédié.

2. La procédure

547. Déroulement. Le bureau des litiges économiques jouera un rôle prépondérant dans la suite du contentieux économique. Lorsqu'une victime se présentera à lui, un greffier étudiera rapidement son affaire et le guidera dans la suite à donner à son litige. Dans le cas où une tentative de résolution alternative de litige est imposée et n'a pas encore été réalisée, le bureau indiquera au contractant qui le sollicite les mesures à prendre, en le guidant éventuellement vers des instances de conciliation, de médiation ou de procédure participative en cas de litige purement civil. Un temps pourra être nécessaire pour étudier la nature de la demande. Si une infraction pénale est en cause, alors le greffier sollicitera sans délai le procureur de la République spécialisé, tout en précisant à la victime qu'elle peut se constituer partie civile si l'action publique est déclenchée. Elle pourra également proposer à la victime de porter plainte avec constitution de partie civile. Si une infraction administrative est relevée, alors l'administration sera sollicitée aussi *via* le procureur de la République. Pendant cette phase, et tant qu'aucune action n'est encore déclenchée, il n'y aura aucun effet sur le délai de prescription

Si le litige n'a aucun caractère pénal, le bureau des litiges économiques pourra alors recevoir à nouveau le contractant en cas d'échec de la tentative de résolution amiable. Dans ce cas, si la victime souhaite engager une procédure civile, le bureau le guidera dans la procédure à suivre. Il pourra l'aviser, le cas échéant, de la nécessité de s'adresser à un avocat et lui indiquer la présence d'associations de défense de ses intérêts.

548. Un rôle d'alerte et de centralisation des informations relatives aux litiges. Le greffe, recueillant les doléances des victimes, va jouer un rôle d'alerte, repérant les affaires méritant un traitement pénal et/ou administratif, notamment si plusieurs personnes viennent à

se plaindre d'un même professionnel. De plus, il pourra orienter les victimes en cas de connaissance d'une action collective constituée par une association. Des réunions périodiques entre les différents membres afin de faire un bilan des actions à mener seront par la suite menées, la gestion quotidienne des litiges ne pouvant pas toujours permettre d'avoir une vue d'ensemble du droit économique et des litiges. Or, ce bureau des litiges économiques a justement pour objectif d'avoir une cohésion d'ensemble des manquements. Ainsi, lors des bilans périodiques entre les différentes entités constituant le bureau des litiges économiques, une mise en commun des informations relatives aux différents manquements existants permettra de mieux les appréhender et d'organiser soit des enquêtes communes, soit de les déléguer à tel ou tel service. Nous pensons que les résultats de ces enquêtes doivent pouvoir bénéficier aux victimes ayant soulevé le manquement qui feraient valoir leurs droits devant une juridiction civile, quand bien même il s'agirait d'une enquête menée par l'administration. Cela faciliterait la preuve pour ces dernières. En outre, comme il a déjà été mentionné, cela pourrait permettre aux associations de prendre connaissance des manquements de certains professionnels et d'engager, si elles l'estiment pertinent, une action collective en défense des intérêts des victimes.

La question d'un registre des manquements relevés. Un registre des manquements remontés par les différents moyens pourrait être tenu au sein de chaque bureau des litiges économiques, avec l'issue pour chacune d'entre elle. Dans quel but ? Cela permettrait de mettre en exergue des comportements malveillants identiques commis par un même professionnel mais remontées de manière isolée. Ainsi, le bureau des litiges économiques pourrait non seulement prendre la mesure des manquements commis par le même professionnel, en vue d'engager des poursuites judiciaires et/ou administratives, mais également identifier la possibilité d'engager une action collective par une association. Cela faciliterait grandement le travail de recherche des associations d'identification des litiges. Évidemment, cet accès au fichier supposerait une confidentialité des membres des associations qui devraient présenter un certain nombre de garanties destinées à assurer le secret des affaires judiciaires. Cette question d'un registre au sein de chaque bureau des litiges économiques conduit à se poser la question de l'existence d'un fichier national regroupant tous les manquements communiqués. Cela soulève des difficultés relatives à la réunion des données personnelles, au respect de la présomption d'innocence et au droit à l'oubli par la suite. Il s'agirait évidemment d'un fichier accessible seulement aux personnes habilitées (juridictions judiciaires, parquets, greffes et DGCCRF). Un accès plus limité serait accordé aux associations, qui pourraient être averties en cas de similitudes de litiges à partir d'un certain nombre commis par le même professionnel, subis par des victimes habitant

dans le ressort de différentes juridictions. Malgré la présence d'un certain nombre de fichiers nationaux, on remarque une certaine réticence à leur égard en France et en droit européen¹⁸²⁴, et la prudence doit rester de rigueur en matière de communication d'informations et de créations de fichiers nationaux, particulièrement lorsque les personnes mentionnées n'ont encore fait l'objet d'aucune condamnation.

549. Une mise en cohésion des sanctions. L'avantage final de la création du bureau des litiges juridiques est la possibilité de se doter enfin d'un système permettant une meilleure cohésion des sanctions de différentes natures. La communication introduite entre les différents acteurs qui sanctionnent les comportements frauduleux en matière économique contractuelle conduira incidemment de meilleurs échanges sur les sanctions envisagées et prononcées. Cela entraîne plusieurs conséquences : premièrement, au regard du cumul des sanctions, spécialement en matière d'amendes, les discussions devraient permettre de ne pas dépasser le maximum encouru, et d'avoir, même pour les auteurs, un mécanisme de sanction plus uniforme et donné dans le même espace-temps ; deuxièmement, la création de ce bureau et la mutualisation des informations devrait éviter l'oubli de la victime, trop souvent mise de côté, particulièrement dans le cadre du prononcé des sanctions administratives. Lorsque l'administration prononce une sanction administrative à la suite d'un signalement effectué par une victime, cette dernière devrait être mise au courant afin d'avoir tous les éléments en sa possession en vue de réclamer une sanction civile si elle est prévue par la loi. Il en est d'ailleurs de même en matière pénale, même si c'est déjà plus régulièrement le cas. Enfin, l'existence du bureau des litiges économiques tel qu'il se conçoit au gré de ces lignes permettra de redonner sa force à la sanction civile tout en ne négligeant pas les sanctions répressives, permettant tant à la victime, lorsqu'elle s'est manifestée, qu'au droit économique en général, de trouver satisfaction à l'issue du traitement de l'affaire. Une meilleure homogénéité dans le traitement des litiges est également à souhaiter, puisque la communication sera plus globale, avec la transmission des

¹⁸²⁴ La France a par exemple été condamnée en 2014 par la Cour européenne des droits de l'homme à cause du fichier STIC (système de traitement des infractions constatées), utilisé par les forces de l'ordre : CEDH, 18 sept. 2014, *Brunet c/ Fr*, n°21010/10.

sanctions prononcées comme cela existe dans certains domaines au niveau régional ou national¹⁸²⁵. Une telle harmonisation est souhaitable.

550. Transition. La création d'un bureau des litiges économiques aura pour conséquence de conduire à une meilleure lisibilité des manquements, à un meilleur traitement et à une meilleure cohésion des sanctions, puisque le tout conduira à une lecture globale de la situation économique et des litiges. Cependant, afin que ce bureau puisse prendre toute sa place dans le système juridictionnel, il est impératif que l'institution judiciaire suive ce mouvement de spécialisation.

II. Une modernisation de l'institution judiciaire

551. Présentation. Afin de prendre en considération le nouveau bureau des litiges économiques ainsi que les reproches adressés au droit économique relativement au manque de cohésion, il devient indispensable de mettre en place un coordinateur en la matière, chargé de relier ses différents acteurs. Naturellement, le parquet semble le mieux adapté pour remplir cette fonction. Faisant partie de l'institution judiciaire et déjà en lien avec l'administration dans le droit actuel, ce rôle lui revient de droit. Afin de conserver la spécificité de la matière, il conviendra de créer un parquet spécialisé, coordinateur (A). La question de la création d'un juge spécialisé semble quant à elle plus complexe mais nécessite à tout le moins une réflexion (B).

A. La création d'un parquet spécialisé, coordinateur

552. Un rôle actuel insuffisant. Le ministère public dispose déjà d'une place prépondérante en droit économique. Si cela se traduit moins en matière civile, cela est particulièrement remarquable en matière pénale, puisque le Procureur de la République dispose non seulement de l'opportunité des poursuites mais également de la possibilité d'engager des procédures alternatives aux poursuites. En outre, le Parquet a également son importance en matière

¹⁸²⁵ Des recueils de sanctions, en matière de responsabilité civile notamment, existent au sein des juridictions. La revue *Quantum d'indemnités* « présente l'évaluation chiffrée des indemnités allouées par les cours d'appel de Rennes et d'Angers aux victimes d'accidents corporels (accident de la circulation, accidents du travail, coups et blessures). Elle recense également les indemnités allouées aux familles de victimes décédées en réparation du préjudice moral et du préjudice économique subis ». Cette revue est rattachée au laboratoire IODE de l'Université Rennes 1.

administrative, puisque l'administration est parfois dans l'obligation de l'avertir et d'avoir son aval avant d'engager certaines sanctions¹⁸²⁶. Toutefois, ce rôle s'avère en pratique insuffisant pour mener à bien de façon efficace et effective la politique la législation existante en matière économique, notamment au regard de sa connaissance souvent partielle d'un contentieux très spécialisé et par manque de perspective sur les enjeux de ce dernier.

553. Création d'un parquet spécialisé. La création d'un parquet spécialisé viendrait d'abord pallier le manque de connaissances de certains magistrats sur la question économique. Le *turn-over* souvent trop fréquent dans les parquets nuit à la connaissance des dossiers et bien souvent, les représentants du ministère public n'ont pas les connaissances techniques nécessaires pour assurer la pleine effectivité du droit pénal économique¹⁸²⁷, contentieux disposant d'un état d'esprit à part. Cette construction pourra s'effectuer à l'image de ce qui existe en matière de délinquance financière ou d'actes terroristes¹⁸²⁸, pour lesquelles il existe déjà des magistrats du Parquet spécialisés au regard de la technicité des disciplines. Néanmoins, il apparaît que contrairement à ces précédents cas où il s'agit de matières de niche, ne nécessitant pas des parquets spécialisés dans toutes les juridictions, ici la problématique est inverse. C'est non seulement en raison de la spécificité de la matière, mais également en raison de la quantité de ce contentieux spécifique, qui regrouperait la matière consumériste et la matière concurrentielle, que la création d'un Parquet spécialisé s'impose. Dès lors, il est cohérent de multiplier la présence de ce parquet spécialisé de manière généralisée au sein des tribunaux judiciaires. Au surplus, cela correspond avec la volonté de création d'un bureau des litiges économiques rattaché à chaque tribunal judiciaire avec à sa tête un représentant du Ministère public spécialisé dans ce contentieux du quotidien.

554. Une meilleure coordination entre les services travaillant en matière économique. Il faut souligner que contrairement à d'autres domaines, les relations entre l'administration et le Parquet sont entretenues en matière de droit de la consommation et en droit de la concurrence. Les informations circulent à *minima* et la DGCCRF vient même à l'École Nationale de la

¹⁸²⁶ Cf. *supra*, n°495.

¹⁸²⁷ « Note de synthèse », in Julien Bétaille, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguerge, Elise Langelier, et al.. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017. fihal-01448559, sp. p.5.

¹⁸²⁸ S. Guinchard et J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, 14^e éd., 2021, p.192 et s., n°195 et s.

Magistrature former les auditeurs de justice¹⁸²⁹. En outre, l'administration est tenue d'informer le Ministère public de toute infraction pénale constatée, sur le fondement de l'article 40 alinéa 2 du Code de procédure pénale¹⁸³⁰, du moins pour les délits et les crimes. Cependant, le constat est très souvent fait d'une articulation insuffisante entre l'administration et le Parquet, et plus largement entre l'administratif et le pénal. La création de ce parquet spécialisé serait donc l'opportunité de renforcer ces liens, tout en évitant des prises de décisions arbitraires, de la part de la DGCCRF et du parquet, en matière économique. En effet, trop souvent, par manque de connaissances en la matière, le parquet classera sans suite des affaires, alors que de son côté, l'administration ne transmettra que les cas les plus graves et/ou médiatiques au ministère public¹⁸³¹, créant une sorte de double filtre interne qui ne laisse que peu de chance à la condamnation des comportements frauduleux¹⁸³². Cela conduit inexorablement à une perte de dossiers qui ne trouvent pas d'issue sanctionnatrice alors qu'ils auraient dû faire l'objet de condamnations, civile, administrative et/ou pénale¹⁸³³. Il est même dit que le « *choix du pénal risque de se traduire par une impunité* »¹⁸³⁴, ce qui est totalement contradictoire avec l'esprit et la volonté du législateur en la matière. La mise en place de ce parquet coordinateur viendrait donc au support d'une meilleure appréhension de la matière et éviterait les reproches effectués par la DGCCRF à l'encontre du Parquet qui se concentrerait sur les infractions aux personnes et aux biens au détriment des infractions économiques¹⁸³⁵. Cela a d'ailleurs été souligné par Madame Nathalie Homobono, directrice générale de la DGCCRF, lors d'un colloque organisé par la DGCCRF en 2016¹⁸³⁶. Cette coordination permettra également d'opter pour une meilleure

¹⁸²⁹ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », in Julien Bétaille, Dalila Chouki, Coralie Courtaigne-Deslandes, Maryse Deguerge, Elise Langelier, et al. Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche] Mission de recherche Droit & Justice. 2017. ffhal-01448559, sp. p.49.

¹⁸³⁰ CPP., art. 40 al. 2 : « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

¹⁸³¹ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », *op. cit.*, sp. p.49.

¹⁸³² *Ibid.*, p.44.

¹⁸³³ Sur la question, v. not. E Breen, *Gouverner et punir*, PUF 2003, p.40 et s.

¹⁸³⁴ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », *op. cit.*, sp. p.51.

¹⁸³⁵ *Ibid.*, sp. p.75.

¹⁸³⁶ N. Homobon, DGCCRF, Introduction au colloque organisé par la DGCCRF le 16 juin 2016 au ministère des finances : *Efficacité et/ou équité des sanctions administratives en droit de la concurrence ?*

opportunité des poursuites et de limiter les classements sans suites lorsque la condamnation d'une entreprise locale pourrait nuire à sa réputation ou aux emplois locaux¹⁸³⁷.

555. Le Parquet, responsable du bureau des litiges économiques. Le bureau des litiges économiques devra voir impérativement à sa tête un représentant du ministère public, c'est-à-dire un procureur de la République qui sera spécialisé dans les questions économiques. Il fera office de référent et même de pivot au sein de la procédure en matière économique. Il aura un regard global et complet sur les manquements et les litiges existants dans son ressort, ce qui lui permettra de coordonner les procédures dans les différentes matières et également de veiller à ce que les victimes au civil soient contactées et non plus délaissées lorsque sont mises en œuvre des procédures administratives et pénales. Le fait d'avoir une vision générale du droit économique litigieux devrait conduire à moins d'infractions échappant à la répression. Cette mise sous l'égide du Procureur de la République de la procédure en droit économique permettrait d'avoir une réelle vue d'ensemble et de lui conférer un rôle moteur au sein de cette discipline, tout en la spécialisant. Au regard de l'importance du contentieux en quantité, cela pourrait tout à fait se justifier. Il s'agit en effet d'un domaine de compétence fourni et spécifique et au regard du nombre de règles spécifiques, en droit de la consommation et en petit droit de la concurrence, cela justifie largement un contentieux autonome avec un procureur de la République dédié. De plus, pour ce qui concerne le contentieux relevant du droit commun, comme l'escroquerie, ce magistrat aurait toute compétence et latitude pour décider également de l'opportunité des poursuites en la matière.

Le ministère public pourra aussi donner confiance à l'administration dans le prononcé de sanctions administratives. Effectivement, la répression administrative n'est pas encore automatique¹⁸³⁸. Les agents administratifs, dont la répression n'est pas leur mission première, se trouvent en pratique parfois assez réticents dans le prononcé des sanctions, privilégiant le plus souvent les injonctions et négociations¹⁸³⁹. Il sera également un interlocuteur privilégié avec le ministère de l'Économie et les préfets de région. D'ailleurs, le ministère de l'Économie donne déjà chaque année les missions globales de l'année en la matière aux parquets¹⁸⁴⁰ tout en garantissant, peut-être, une plus grande indépendance de l'administration vis-à-vis des préfets

¹⁸³⁷ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », *op.cit.*, sp. p.49.

¹⁸³⁸ *Ibid.*

¹⁸³⁹ *Ibid.*, sp. p.52. V. également P. Lacousmes, *L'éco-pouvoir. Environnement et politiques*, Paris, La découverte, 1994.

¹⁸⁴⁰ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », *op. cit.*, sp. p77.

en supervisant l'opportunité des poursuites en matière de sanctions administratives et pénales et du prononcé des sanctions¹⁸⁴¹.

En outre, il pourra, au regard des comportements frauduleux constatés et remontés par les victimes et les associations, enjoindre l'administration de lancer de nouvelles enquêtes, en coordination avec les services de police si nécessaire, en plus de celles que la DGCCRF jugerait utile de mener. Cela suppose bien entendu que les personnels de cette administration soient renforcés, afin de disposer des moyens humains indispensables à la bonne réalisation des enquêtes et de la sanction.

Enfin, cela permettra de conduire à une meilleure coordination des sanctions, civiles, pénales et administratives, puisqu'il sera le garant, en tant que magistrat, de la cohérence des sanctions et il veillera à ne pas omettre de revenir vers les victimes qui se seraient manifestées afin qu'elles puissent voir les litiges soldés par une sanction civile les satisfaisant également. La tenue du bureau des litiges économiques faciliterait cela.

556. Transition. La création d'un parquet spécialisé en matière économique se justifie et s'impose aisément. Le contentieux est à la fois si spécifique et si conséquent qu'il en devient une évidence. La question est néanmoins plus délicate en ce qui concerne la création d'un juge spécialisé.

B. Discussion autour de l'instauration d'un juge spécialisé

557. Les arguments en faveur de la création d'un juge spécialisé. Poursuivant sur la lancée de la création d'une structure *sui generis* tel que le bureau des litiges économiques et celle d'un parquet spécialisé, la question de la mise en place d'un juge spécialisé dans les domaines économiques se pose forcément. L'interrogation n'est pas ubuesque, tant l'évolution des juges spécialisés et des juridictions est une constante au fil des réformes législatives ces dernières années avec comme résultante une fluctuation des contentieux confiés à telle ou telle juridiction¹⁸⁴². La création de juges spécialisés se justifie lorsqu'un contentieux particulier,

¹⁸⁴¹ *Ibid*, p. 121.

¹⁸⁴² La disparition du tribunal de grande instance et du tribunal d'instance au profit du tribunal judiciaire et du tribunal de proximité en est un exemple patent, tout comme la création du juge du contentieux de la protection qui a récupéré certains contentieux attribués à différentes juridictions auparavant.

technique et fourni rend sa spécialisation indispensable. Or, la matière économique présente toutes ces caractéristiques. Il est d'ailleurs reproché à certains magistrats actuellement d'être trop dépendants des comptes-rendus d'enquêtes de l'administration, entraînant un risque de sous répression¹⁸⁴³, et cela à cause de leur absence de connaissances techniques dans un domaine où tant le droit que le maillage économique sont complexes et peuvent influencer sur les décisions. Dans d'autres cas, c'est la situation complètement inverse qui est observée : la défiance envers l'administration de certains magistrats les conduit à redemander des compléments d'enquête à la police¹⁸⁴⁴, partenaires privilégiés mais pas forcément les plus compétents dans ces domaines très techniques.

De plus, actuellement, plusieurs magistrats se partagent les contentieux relatifs au droit économique : le juge pénal, le tribunal de commerce, le juge du contentieux de la protection, le juge de proximité ou le tribunal judiciaire selon le montant du litige. Cet éclatement du contentieux peut conduire à une absence de cohérence, même s'ils traitent chacun de parties différentes. En outre, la lisibilité de la procédure est une nouvelle fois mise à mal. A propos de l'éventualité de la création d'un juge de la consommation, Monsieur Gilles PAISANT affirme qu'une « telle institution présenterait l'avantage de clarifier les règles de compétence d'attribution en la matière sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur le montant du litige. Une meilleure visibilité s'attacherait, indiscutablement, à ce juge spécialisé »¹⁸⁴⁵. Il précise même qu'il « s'agirait d'un progrès ». Le constat peut être étendu à l'éventualité de la création du juge économique.

La diversité des sanctions encourues pourrait en outre justifier le recours à un juge spécialisé. En effet, rien que dans le domaine judiciaire, les sanctions pénales et civiles ont une grande place dans le système sanctionnateur actuel. Dès lors, le traitement du litige par un magistrat spécialisé qui maîtrise aussi bien le contentieux pénal que le contentieux civil s'avère très pertinent et judicieux. Encore une fois, cela pourrait permettre une meilleure cohésion des sanctions et une meilleure prise en considération des victimes dès lors qu'une action pénale est engagée.

¹⁸⁴³ C. Teitgen-Colly, « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », *op. cit.*, sp. p.52.

¹⁸⁴⁴ *Ibid.*

¹⁸⁴⁵ G. Paisant, *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p.269, n°214.

Enfin, en matière consumériste et dans le cadre des pratiques déloyales, le juge peut relever d'office des règles de droit qui n'auraient pas été soulevées par les consommateurs¹⁸⁴⁶ ou parties en position de faiblesse dans le cadre de contrats entre professionnels¹⁸⁴⁷. Cette faculté offerte, qui se transforme en obligation dans certaines situations, comme en présence de clauses abusives¹⁸⁴⁸, suppose la présence de magistrats maîtrisant parfaitement le droit spécifique en la matière et justifierait également la création d'un juge spécifique à la matière économique. Or, rien de tel qu'un juge spécialisé pour être à même de garantir la protection la plus complète des personnes en situation de faiblesse en s'emparant du droit de relever d'office des points de droit qu'ils n'auraient pas envisagés et qui leur porteraient avantage. Il s'agirait aussi de compléter le processus juridictionnel engagé depuis des années par le législateur en offrant à ces disciplines un juge attitré.

558. Les arguments en défaveur de la création d'un juge spécialisé. Deux points principaux viennent nuancer les propos sur l'opportunité de la création d'un juge spécialisé. Tout d'abord la réalité économique et l'état d'esprit par rapport à ces litiges conduisent à douter d'une telle instauration. Ainsi que le souligne Monsieur Gilles PAISANT, toujours à propos de la création d'un juge de la consommation, « *au vu de l'expérience acquise, il reste douteux que cette création permette de lever tous les obstacles [...] et, dans le contexte d'économie judiciaire actuelle, on voit mal les pouvoirs publics aller en ce sens. La priorité de ces derniers est au contraire dans les affaires de consommation en particulier, d'inciter les consommateurs et plus généralement tous les justiciables, à recourir, pour le règlement de ce qui est considéré, de manière quelque peu condescendante, comme des « petits » litiges, à des solutions extrajudiciaires* »¹⁸⁴⁹. Cet argument, pragmatique et quelque peu pessimiste, n'en reste pas moins totalement pertinent et la question économique-financière fait douter de la validation de ce projet par les pouvoirs publics, plus enclins à déléguer leurs fonctions et privilégier le délestage des

¹⁸⁴⁶ C. consom., art. R. 632-1, al. 1^{er} : « *Le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application* ».

¹⁸⁴⁷ L'article R. 632-1 al. 1^{er} du Code de la consommation s'appliquant à toutes les dispositions du code, cela s'applique également aux pratiques commerciales déloyales entre professionnels qui est régi par ledit texte. V. not. D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, coll. Dalloz action, 2020, n°127-12.

¹⁸⁴⁸ C. consom., art. R. 632-2 al. 2 : « *Il écarte d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». Cela est notamment dû à l'influence de la justice européenne et l'arrêt Océano Grupo Editorial et Salvat Editores : CJCE 27 juin 2000, aff. C-240/98 (reprendre les réf exactes dans le Dalloz action droit de la consommation, n°p 5 sous 225-252). Reprendre ce que j'ai écrit dans mon mémoire sur la question. Attention : décision du 11 mars 2020 de la CJUE qui affirme que l'obligation d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause ne concerne que celles liées à l'objet du litige, tel qu'il est déterminé par les parties. : CJUE 11 mars 2020, aff. C-511/17, D. actu. 30 mars 2020 ; obs. J.-D. Pellier, D. 2020. 1394, obs. G. Poissonnier ; AJ contrat 2020, p. 292.

¹⁸⁴⁹ G. Paisant, *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p.269, n°214.

affaires juridiques en favorisant les modes alternatifs de règlement des litiges¹⁸⁵⁰. Il est certes indispensable qu'elles existent, mais il ne faut pas oublier que l'article 6 de la Convention européenne de Sauvegarde des droits de l'homme garantit le droit à l'accès à un juge dans le cadre d'un procès équitable. Malheureusement, ce n'est pas du côté du droit européen que la création d'un juge économique dédié trouvera un allié, puisque ce dernier a tendance également à favoriser les modes non judiciaires de règlement des litiges de consommation¹⁸⁵¹. Cependant, on pourrait quand même opposer que malgré les propositions de médiation et de conciliation dans les litiges de consommation notamment, l'opportunité est toujours offerte d'accéder à un juge par la suite en cas d'échec. Dès lors, la présence d'un juge spécialisé se justifie de nouveau. Les lenteurs procédurales qui pourraient être craintes devraient justement être compensées par la spécialisation du contentieux et la similitude entre ces dossiers, permettant un traitement plus alerte grâce à la connaissance des manquements. Au surplus, les litiges dans ces domaines sont tellement nombreux qu'ils justifient la présence d'un juge dédié.

Néanmoins, on peut également s'interroger sur la question de la création d'un juge économique et la place qui serait accordée au droit commun des contrats dans ce cas. Devrait-il être exclu du contentieux de ce juge spécialisé ou non ? La question est délicate car d'un côté, les litiges de droit commun ont été admis au sein du bureau des litiges et il existe des infractions pénales de droit commun économiques qui peuvent avoir un impact au civil en cas de présence de victimes particulièrement ; de l'autre côté, l'état d'esprit du juge économique sera fortement influencé par celui du législateur en la matière, à savoir la protection des parties faibles au contrat. Or, en droit commun des contrats, le juge se doit d'être strictement impartial et d'être la « bouche de la loi »¹⁸⁵², selon l'expression de Montesquieu. Par conséquent, la présence des litiges civils de droit commun au sein du champ de compétences du juge économique laisse perplexe. Si on les inclut, il faudra que le juge économique s'adapte à chaque fois entre les différents types de contentieux. Si on les exclut, le problème d'identification du contentieux en fonction du montant du préjudice réapparaîtra, à moins que tous les litiges contractuels ne soient fusionnés sous l'égide d'une même juridiction, ce dont nous doutons forcément.

¹⁸⁵⁰ V. not. sur la question : E. Constans, *Rapport du groupe de travail relatif à la médiation et au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation*, mai 2014, 2014, Ministère des finances et des comptes publics, Ministère de l'Economie, du redressement productif et du numérique.

¹⁸⁵¹ G. Paisant, *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p.269, n°215.

¹⁸⁵² Ou plus exactement : « Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur », Montesquieu, *De l'esprit des lois*, livre XI, chapitre VI (1748).

559. Conclusion. Les arguments en faveur de la création d'un juge économique dédié à la matière semblent prédominer sur les inconvénients soulevés. Cela reviendrait alors à créer tout un ensemble juridique nouveau dédié à la protection du marché et des victimes de litiges économiques. Renouvelé, le système prendrait une nouvelle dimension, laissant la possibilité de croire à une pleine effectivité de la norme juridique économique et au prononcé de sanctions de manière raisonnée et coordonnée. Afin de parfaire cet ensemble, il convient de s'assurer pareillement de la présence de garanties accrues pour les contractants.

Section 2. Des garanties accrues pour les contractants

560. Présentation. La mise en place de nouvelles sanctions et des procédures afférentes ne doivent pas occulter les acteurs principaux du droit économique contractuel. Qu'ils soient victimes ou auteurs, la protection de leurs droits assure une bonne exécution de la norme et assoit sa légitimité. Une meilleure efficacité des procédures permettra de favoriser la protection des victimes (I). La protection des auteurs passera quant à elle par une harmonisation des régimes : une protection commune des responsables des manquements apportera une garantie indispensable à l'exécution des lois (II).

I. Une meilleure efficacité des procédures : protéger les victimes

561. Présentation. Montesquieu disait : « Ils se sont jetés dans des détails inutiles ; ils ont donné dans les cas particuliers, ce qui marque un génie étroit, qui ne voit que les choses par parties, et n'embrasse rien d'une vue générale »¹⁸⁵³. Cette phrase, qui date de trois cents ans, pourrait avoir été écrite à propos du droit économique spécial de 2021, et particulièrement du droit de la consommation. Le législateur, dans un jeu d'équilibriste permanent, tente de concilier la protection des consommateurs et du marché tout en n'entravant pas la liberté économique. Or, à force de vouloir préserver les différents intérêts en présence à tout prix, le législateur en vient à alourdir conséquemment le dispositif juridique et à rendre illisible, voire parfois,

¹⁸⁵³ Montesquieu, *Lettres persanes*, lettre CXXIX, Usbek à Rhédi, à Venise ; cité par G. Paisant, *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015, p.231, n°185.

inapplicable les règles édictées. Cela s'observe particulièrement en matière procédurale et dans le cadre des actions collectives : l'encadrement est tellement restrictif que la plupart des actions collectives créées se sont révélées très décevantes en pratique, pour ne pas dire de véritables échecs. Afin de remédier à cela, et donner plein effet aux actions existantes, il est impératif de mettre en place des procédures simplifiées (A), et de confier au juge un rôle renforcé (B) pour une application plus opportune et une protection extensive des contractants.

A. Des procédures simplifiées

562. Présentation. Les actions collectives mises en œuvre par les associations ont pour objectif de défendre non seulement l'intérêt collectif mais également les différents intérêts individuels, comme en matière d'action de groupe et d'action en représentation conjointe. Au regard des critiques effectuées dans cette étude à propos de l'efficacité des actions collectives, il s'avère indispensable de modifier les conditions (1) et les effets (2) des recours collectifs.

1. Simplifier les conditions de recevabilité des procédures collectives

563. Le constat d'un échec relatif des actions collectives. Quelles que soient les actions collectives offertes aux associations en droit de la consommation, les conditions d'application sont tellement strictes que peu d'actions vont à leur terme. Si l'action en représentation conjointe représentait jusqu'alors l'exemple type d'un échec procédural, elle pourrait presque être concurrencée aujourd'hui par l'action de groupe, tant les premières années d'application se sont révélées décevantes¹⁸⁵⁴. Il a été démontré que les conditions d'accès aux procédures collectives sont très restrictives, notamment pour cette action de groupe, qui ne concerne qu'un certain nombre de comportements fautifs pouvant faire l'objet d'une telle action de la part des associations de défense des consommateurs. Favoriser le recours des associations en leur permettant de défendre les consommateurs d'une façon plus optimale en élargissant leur champ d'action permettrait une meilleure protection et la fulmination plus certaine de sanctions.

564. Donner un nouveau souffle à l'action en représentation conjointe. L'action en représentation conjointe, première action collective en défense des intérêts individuels, a marqué

¹⁸⁵⁴ Cf. *supra*, n°449 et s.

les esprits par son échec retentissant¹⁸⁵⁵. Mise en œuvre si peu de fois depuis sa création que le nombre de doigts suffit pour les comptabiliser, la suppression de cette action relèverait de la logique, afin d'éviter d'encombrer le Code de la consommation de dispositions inutiles, surtout avec la création de l'action de groupe depuis 2014. Pourtant, comme cela a déjà été relevé, la première dispose pour le moment d'un véritable avantage sur la seconde, puisqu'elle peut être effectuée devant les juridictions pénales. C'est pourquoi, au lieu de la condamner, il s'agirait au contraire de donner une nouvelle chance à l'action en représentation conjointe en facilitant ses conditions de mise en œuvre. Cela devra impérativement passer par l'assouplissement de l'exigence d'obtention de mandats par les victimes. Aujourd'hui, l'article L. 622-2 du Code de la consommation pose des conditions si strictes qu'il empêche la recherche de mandats par l'association¹⁸⁵⁶. Or, cela paraît totalement contradictoire avec l'utilisation à outrance des médias comme moyens de communication dans notre société actuelle. Aujourd'hui, les moyens de communication se sont développés à tel point qu'ils constituent un vecteur important de publicité et de vente. Le développement des réseaux sociaux et de l'influence, par laquelle des personnes profitent de leur visibilité pour promouvoir des prestations ou des biens, souvent par la technique du « dropshipping »¹⁸⁵⁷, vient parachever cette communication à outrance et conduit à multiplier les risques pour le consommateur. Dans un esprit de parallélisme des formes, il semble tout à fait adéquat de laisser aux associations l'opportunité d'utiliser les mêmes canaux d'information que ceux usités par les professionnels. La restriction actuelle empêchant la recherche de mandats par tout biais publicitaire, radiophonique ou démarchage est par trop restrictive et explique l'insuccès de l'action en représentation conjointe. Ouvrir les vecteurs de médiatisation serait une belle opportunité de redonner une chance à une action qui s'est vue

¹⁸⁵⁵ Cf. *supra*, n°443

¹⁸⁵⁶ C. consom., art. L. 622-2 : « Le mandat mentionné à l'article L. 622-1 ne peut être sollicité par voie d'appel public télévisé ou radiophonique, ni par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée. ». La Cour de cassation a étendu ces conditions restrictives en prohibant l'utilisation d'Internet : Cass ; civ. 1^{re}, 26 mai 2011, n°20-15.676, qui considère qu'est prohibé « tout appel public par moyen de communication de masse ou par lettre personnalisée ».

¹⁸⁵⁷ Le ministère de l'économie définit sur son site Internet le *dropshipping* ou « livraison directe », comme « une vente sur internet dans laquelle le vendeur ne se charge que de la commercialisation et de la vente du produit. C'est le fournisseur du vendeur qui expédie la marchandise au consommateur final. Le consommateur n'a généralement ni connaissance de l'existence du fournisseur ni de son rôle » : <https://www.economie.gouv.fr/dgcrcf/Publications/Vie-pratique/Fiches-pratiques/le-dropshipping>.

trop vite condamnée, certains auteurs, à l'image de Monsieur Gilles PAISANT¹⁸⁵⁸, souhaitant la voir disparaître.

En outre, l'article L.622-1 du Code de la consommation prévoit que l'action en représentation conjointe peut être exercée devant toute juridiction. La généralité du terme laisse à penser que cette action peut s'exercer devant les juridictions civiles et pénales. Reste à savoir ce qu'il en est de l'autorité administrative. Afin d'ôter tout doute, il serait opportun que le législateur affirme clairement que cette action puisse être exercée devant la DGCCRF¹⁸⁵⁹. Avec l'administrativisation des sanctions, certains comportements pourraient sinon échapper à son champ d'application.

565. L'ouverture des actions collectives à un plus large public. De plus, de manière générale, il faudrait étendre les conditions de fond des actions collectives, en élargissant notamment les personnes pouvant agir. En l'espèce, les consommateurs ne devraient pas être les seuls à pouvoir agir. Non seulement les non-professionnels devraient pouvoir agir, mais il faudrait en outre envisager une ouverture de ce type d'actions aux professionnels et aux personnes morales en général. Le *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, présenté par les députés Monsieur Philippe GOSSELIN et Madame Laurence VICHNIEVSKY à l'Assemblée nationale en juin 2020, fait état dans ses propositions concernant l'action de groupe d'une ouverture de cette action « *aux personnes morales de droit privé et de droit public, à l'exclusion de l'État d'intenter, par l'intermédiaire d'une association, une action de groupe* »¹⁸⁶⁰. Cela nous semble être une proposition opportune et devant être étendue à toutes les actions collectives, qu'elles soient exercées dans le but de la défense d'intérêts individuels ou collectifs. Les buts poursuivis de défense des parties faibles et de protection du marché justifient cette ouverture.

566. Généralisation des conditions d'ouverture de l'action de groupe. L'action de groupe, initialement réservée au domaine du droit de la consommation, s'est rapidement ouvert à d'autres domaines comme les discriminations ou l'environnement et la santé¹⁸⁶¹. Cependant,

¹⁸⁵⁸ G. Paisant, *Droit de la consommation*, PUF, 2019, p.306-307, n°277.

¹⁸⁵⁹ Allant dans le sens d'une vision générale du terme « juridiction » : N. Sauphanor-Brouillaud, C. Aubert de Vincelles, G. Brunaux, L. Usurier, *Les contrats de consommation. Règles communes*, LGDJ, coll. Traité de droit civil (dir. J. Ghestin), 2018, n°1076.

¹⁸⁶⁰ Ph. Gosselin et L. Vichnievsky (prés.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, Assemblée nationale, Rapport n°3085, 11 juin 2020, Proposition n°3, p.67.

¹⁸⁶¹ Cf. *supra*, n°462.

le législateur n'a pas créé pour autant de régime unifié de toutes les actions de groupe. Comme le suggère le rapport d'information précité, il convient de mettre en place, « *dans le Code de procédure civile, un cadre commun pour toutes les actions de groupe en matière civile et unifier les procédures des actions collectives en matière administrative, qu'il s'agisse des actions de groupe ou des actions en reconnaissance de droits* »¹⁸⁶². Cette généralisation s'impose pour plus de lisibilité des conditions procédurales d'engagement des actions collectives et de l'action de groupe en particulier.

Toujours dans l'idée de favoriser le recours à l'action de groupe, il est également fait la proposition dans ce *Rapport d'information* de 2020 sur le bilan de l'action de groupe de donner la qualité aux associations dont l'objet social inclut celui du litige et aux « *associations ad hoc composées d'au moins cinquante personnes physiques ou d'au moins dix entreprises constituées sous la forme de personnes morales et ayant au moins deux ans d'existence* »¹⁸⁶³. Cette dernière hypothèse doit toutefois être considérée avec mesure au regard de deux points de difficultés principaux. Premièrement, la constitution d'une association ad hoc réunissant la présence d'au moins cinquante personnes physiques ne garantit pas une défense qualitative. Les associations agréées de défense des consommateurs existant actuellement disposent de juristes confirmés pour la mise en œuvre d'actions collectives et pourtant, elles sont assez réticentes, pour de nombreuses raisons, à engager des actions qui risquent d'être trop longues ou de ne pas aboutir. La crainte de laisser l'opportunité à de simples citoyens de se réunir et de se constituer en association fait craindre d'une défense de leurs droits mal assurée, ce qui serait totalement contreproductif. Deuxièmement, si l'ouverture de l'action de groupe aux personnes morales victimes nous semble pertinent, un encadrement doit avoir lieu afin d'éviter un retournement de la situation. Il suffit d'envisager pour exemple dix grosses sociétés de grande distribution qui se réunissent contre un professionnel dont le chiffre d'affaires et l'impact économique sont bien moindres : l'état d'esprit d'un droit protecteur risquerait de disparaître. C'est pourquoi il semble intéressant de laisser l'opportunité aux personnes morales d'être reconnues victimes, mais il ne faut pas qu'elles puissent se réunir par le biais d'associations ad hoc et il s'agirait d'encadrer leur participation, notamment en fonction de leur impact économique et, dès lors, en limitant les personnes morales par exemple en fonction de leur chiffre d'affaires. Cela permettrait de garantir des droits de façon plus étendue tout en préservant l'état d'esprit qui innerve tout le droit économique contractuel. L'ouverture des conditions de publicité semble également

¹⁸⁶² Ph. Gosselin et L. Vichnievsky (prés.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, op. cit., Proposition n°1, p.67.

¹⁸⁶³ *Ibid*, Proposition n°2.

indispensable dans le cadre de l'action de groupe, tout comme pour l'action en représentation conjointe, afin de réunir plus facilement les victimes d'actes malveillants commis par des professionnels¹⁸⁶⁴.

567. Les actions en défense de l'intérêt collectif élargies. Si les actions en défense des intérêts individuels doivent assouplir leurs conditions de formation du contrat, il doit également en être de même pour les actions en défense de l'intérêt collectif. Ainsi, le domaine de l'action en cessation d'agissements illicites doit être élargi pour prendre en considération des comportements plus nombreux que ceux aujourd'hui pris en considération¹⁸⁶⁵, en prenant en compte toutes les dispositions du Code de la consommation. Concernant l'action civile, son domaine est strictement encadré car elle ne peut être mise en œuvre que relativement à des faits constitutifs d'une infraction pénale. Or, le jeu de bascule entre les sanctions pénales et les sanctions administratives a conduit à réduire le champ d'action de l'action civile. Pour rester en cohérence avec l'état d'esprit du droit économique contractuel, il conviendrait d'étendre l'action civile aux faits constitutifs d'un manquement administratif et de l'ouvrir également au droit des pratiques restrictives de concurrence, la défense de l'intérêt collectif pouvant ici être la protection du marché.

568. Transition. Des modifications législatives sur les conditions nécessaires aux actions collectives pourraient conduire à redonner un véritable élan à la protection des parties faibles et du marché en droit économique contractuel. Cependant, afin d'inciter les personnes à agir, il faudra également que le législateur influe sur les effets des actions collectives.

2. Étendre les effets des procédures collectives

569. La recherche d'un impact plus fort des actions collectives. Le succès d'une action ne tient pas seulement aux facilités dans les conditions de mise en œuvre, mais elle dépend aussi

¹⁸⁶⁴ En ce sens : *ibid*, Proposition n°4.

¹⁸⁶⁵ L'article L.621-7 du Code de la consommation limite le domaine de cette action aux agissements illicites « au regard des dispositions transposant les directives mentionnées à l'article 1er de la directive » 2009/22/ CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 modifiée.

des conséquences de cette action : plus la « récompense » sera grande, plus la participation sera active. Or, la récompense se matérialise ici par la sanction qui sera prononcée.

570. Permettre d'adjoindre une indemnisation des préjudices individuels à l'indemnisation du préjudice collectif en matière d'actions dans l'intérêt collectif des consommateurs. Ainsi que le rappelle Monsieur Stéphane PIEDELIEVRE, « *les actions en justice intentées dans l'intérêt collectif des consommateurs ne peuvent jamais avoir pour effet de permettre la réparation de dommages individuels. On espère seulement que ces actions en justice seront de nature à prévenir de futurs préjudices individuels* »¹⁸⁶⁶. De fait, en matière d'actions en défense des intérêts collectifs, il est parfois difficile de motiver les associations à engager des actions lorsque la sanction prononcée ne se révèle pas à la hauteur du travail de fond mené pour parvenir à une condamnation. C'est pourquoi il est indispensable qu'en cas de condamnation, le juge ne se contente pas de l'octroi de dommages et intérêts symboliques. La mise en place de dommages et intérêts punitifs pourrait ici avoir un véritable impact positif et cela prendrait même tout son sens¹⁸⁶⁷. Afin de donner une nouvelle dimension à ces actions en défense de l'intérêt collectif, il est également possible d'envisager une action des consommateurs en intervention. Les consommateurs victimes profiteraient ainsi de l'action engagée par l'association pour venir défendre leurs propres droits individuels et, partant, des arguments développés par cette dernière. Il s'agirait presque d'inverser ici le processus habituel où une association peut intervenir dans une instance où un consommateur agit contre un professionnel. Cela pourrait avoir lieu tant en matière d'action civile qu'en matière d'action en cessation d'agissements illicites¹⁸⁶⁸.

571. Une meilleure indemnisation des parties dans le cadre des actions en défense des intérêts individuels. Les actions en défense des intérêts individuels doivent également évoluer quant aux sanctions prononcées. Dans le cadre de l'action de groupe, il est indispensable de prévoir une généralisation des préjudices pouvant être indemnisés¹⁸⁶⁹ et ne pas s'en tenir aux seuls préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels subis par les consommateurs¹⁸⁷⁰. Les préjudices moraux et corporels doivent être également indemnisés. La généralisation d'un

¹⁸⁶⁶ S. Piédelièvre, *Droit de la consommation*, Economica, coll. Corpus droit privé, 3^e éd., 2020, p.869, n°787.

¹⁸⁶⁷ Sur les dommages et intérêts punitifs, v. supra, n°101 et s.

¹⁸⁶⁸ L'octroi de dommages et intérêts dans le cadre d'une action en cessation d'agissements illicites est déjà accepté par la Cour de cassation : Cass. civ. 1^{re}, 5 octobre 1999, n°97-17.559.

¹⁸⁶⁹ Cela va dans le sens des propositions effectuées dans le cadre du Rapport d'information de juin 2020 : Ph. Gosselin et L. Vichnievsky (prés.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, op. cit., Proposition n°6, p.67.

¹⁸⁷⁰ C. consom., art. L.623-2.

cadre procédural global de l'action de groupe devrait permettre cet élargissement, étant donné qu'elle inclura l'action de groupe en matière de santé¹⁸⁷¹.

Les propositions 7 et 8 du Rapport d'information sur l'action de groupe se montrent assez intéressantes en ce qu'elles prévoient respectivement d'obliger « *les juridictions, lorsqu'elles allouent les indemnités à la partie gagnant au titre de l'article 700 du Code de procédure civile, à prendre en considération les sommes réellement engagées par celle-ci, qu'il s'agisse notamment des honoraires d'avocat ou des coûts internes afférents à la procédure* »¹⁸⁷², et d' « *ajouter une disposition spécifique relative aux actions de groupe à l'article 696 du Code de procédure civile tendant à faire supporter les dépens au Trésor public, en cas d'échec d'une action de ce type, lorsque celle-ci est engagée sur des bases sérieuses* »¹⁸⁷³. Si l'expression « *engagée sur des bases sérieuses* » promet déjà de grands débats quant à la délimitation du caractère sérieux ou non d'une action perdue, les propositions effectuées se fondent sur les difficultés pratiques rencontrées par les associations dans la mise en œuvre des différentes actions collectives : le caractère financier est un frein majeur au déclenchement de ces actions et de telles dispositions pourraient les encourager à agir plus aisément.

572. La limitation de la responsabilité de l'association dans le cadre d'une action en représentation conjointe. Chaque action porte son lot de contraintes qui ont conduit à ralentir l'efficacité de la norme économique contractuelle. Parmi celles qui pourraient faire l'objet d'une amélioration, on peut encore évoquer la suppression de l'engagement de la responsabilité de l'association dans l'hypothèse d'un échec de son action en représentation conjointe. En effet, cette dernière suppose la constitution de contrats de mandats, soumis aux dispositions de l'article 1992 du Code civil¹⁸⁷⁴. Les associations sont déjà assez réticentes à engager des actions collectives : la menace d'une action en responsabilité à leur encontre en cas d'échec ne conduit pas à favoriser leur implication dans des procédures assez longues et coûteuses.

573. Transition. La volonté de faire des associations de véritables acteurs de premier plan dans la lutte contre les manquements contractuels dans le domaine économique a souvent été contrainte par un encadrement trop strict des actions leur étant offertes. Or, de la garantie

¹⁸⁷¹ Code de santé publique, art. L.1143-1 et s.

¹⁸⁷² Ph. Gosselin et L. Vichnievsky (prés.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, op. cit., Proposition n°7, p.67.

¹⁸⁷³ *Ibid*, Proposition n°8.

¹⁸⁷⁴ C. civ., art. 1992 : « *Le mandataire répond non seulement du dol, mais encore des fautes qu'il commet dans sa gestion. Néanmoins, la responsabilité relative aux fautes est appliquée moins rigoureusement à celui dont le mandat est gratuit qu'à celui qui reçoit un salaire.* »

d'actions collectives efficaces et possibles à mettre en œuvre découle un plus grand accès à la justice, garantie fondamentale de notre droit, et une meilleure protection du marché. Assouplir les conditions de fond des actions et garantir de réelles conséquences en cas de condamnations par le prononcé de sanctions pertinentes mènera à une plus grande effectivité de la norme juridique contractuelle. Si les parties peuvent avoir un réel impact, cela peut également être le cas des magistrats, qui au travers de leurs décisions, peuvent influencer directement sur la protection des intérêts en jeu.

B. Le rôle du juge renforcé

574. Présentation. L'importance accordée au magistrat chargé du prononcé de la sanction et à ses pouvoirs est fondamentale. Si sa fonction de jugement de la cause qui lui est évoquée est évidemment essentielle et inhérente à sa position, les pouvoirs qui lui sont accordés peuvent avoir un véritable impact sur l'issue du litige avec la possibilité du relevé d'office.

575. La possibilité du relevé d'office en droit de la consommation. L'article R. 632-1 du Code de la consommation dispose en son alinéa 1^{er} que « le juge peut relever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Cette possibilité de se saisir d'office d'un moyen de droit non soulevé par les parties, quelle que soit la partie défenderesse au litige, est une spécificité du droit de la consommation. Elle permet au juge de statuer sur un point que les parties n'avaient pas soulevé dans leurs prétentions, ce qui constitue une véritable protection supplémentaire pour le consommateur qui, dans sa position de faiblesse prétendue, n'a peut-être pas été en mesure d'analyser correctement la situation juridique dans laquelle il se trouve et d'utiliser les moyens de droit qu'il a à sa disposition. Le juge devient un véritable garant de la bonne exécution de la règle de droit consumériste, puisqu'il peut agir sur des points que les parties n'avaient pas identifiés. Selon Monsieur Guy RAYMOND, le relevé d'office s'applique à toutes les dispositions du droit de la consommation, y compris celles qui ne seraient pas insérées dans le Code de la consommation¹⁸⁷⁵, allant ainsi dans le sens de Monsieur Ghislain POISSONNIER¹⁸⁷⁶. Cette faculté offerte au juge démontre bien la nature particulière du droit de la consommation, matière tournée vers l'ordre public de protection. La rédaction assez

¹⁸⁷⁵ G. Raymond, *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^e éd., 2019, p.83 et s., n°115 et s.

¹⁸⁷⁶ G. Poissonnier, « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats conc. consom.*, 2010, étude 5.

générale de l'article conférant le droit de relever d'office au juge permet d'en déduire que, tant le juge civil que le juge pénal peuvent se saisir d'un problème de droit que les parties n'avaient pas identifié. La question se pose de savoir si l'autorité administrative est dotée de cette même possibilité. On le verra¹⁸⁷⁷, la DGCCRF n'est pas considérée comme une juridiction par le législateur, elle est simplement une administration dotée du pouvoir de sanction. L'interprétation littérale du texte conduit à écarter cette faculté pour cette autorité administrative pour le moment.

576. L'obligation de relever d'office en matière de clauses abusives. Le législateur, inspiré par le droit européen, est venu renforcer encore un peu plus le pouvoir du juge en matière consumériste en consacrant à l'alinéa 2 de l'article R. 632-1 du Code de la consommation l'obligation d'écarter « *d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* ». La Loi pour le développement de la concurrence au service des consommateurs (également appelée Loi CHATEL) avait tout d'abord prévu à l'article L.141-1 du Code de la consommation une simple possibilité offerte au législateur de relever l'existence d'une clause abusive et de l'écarter, après un dialogue des juges internes et européens assez vif à ce sujet. La Cour de cassation s'est en effet montrée plus réticente à reconnaître la faculté pour le juge français d'exclure d'office les clauses abusives¹⁸⁷⁸, alors que la Cour de justice des Communautés européennes reconnaissait ce droit¹⁸⁷⁹. Et, alors que la Cour de cassation se décidait en 2009¹⁸⁸⁰, contrainte et forcée, à offrir la possibilité de relever d'office au juge, la juridiction européenne franchissait un nouveau cap en obligeant désormais les magistrats à relever d'office les clauses litigieuses¹⁸⁸¹. La fin des débats sur la question fut actée par la Loi HAMON de mars 2014 qui est venue se rallier à la position européenne en obligeant les magistrats à écarter d'office les clauses abusives. Malgré tout, la Cour de cassation semblait

¹⁸⁷⁷ Cf *infra*. n°582.

¹⁸⁷⁸ Cass. civ. 1^{re}, 15 févr. 2000, n° 98-12.713, D. 2000, p. 275, obs. C. Rondey ; RTD com. 2000, p.705, obs. B. Bouloc : « la méconnaissance des exigences des textes susvisés, même d'ordre public, ne peut être opposée qu'à la demande de la personne que ces dispositions ont pour objet de protéger » ; Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 2004, n° 99-17.955, D. 2004, p.947, obs. V. Avena-Robardet ; RTD com. 2004, p.358, obs. D. Legeais ; *ibid.* p.802, obs. B. Bouloc.

¹⁸⁷⁹ CJCE 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial SA c/ Rocio Murciano Quintero et autre*, n° C-240/98 : RTD civ. 2000, p.939, obs. J. Raynard ; *ibid.* 2001, p.878, obs. J. Mestre et B. Fages ; RTD com. 2001, p.291, obs. M. Luby.

¹⁸⁸⁰ Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 05-20.176 P: D. 2009. 908, note S. Piedelièvre ; *ibid.* 365, obs. V. Avena-Robardet ; *Just. & cass.* 2010. 455, rapp. M.-S. Richard ; *ibid.* 460, obs. B. Pagès ; RTD com. 2009. 421, obs. D. Legeais ; *ibid.* 607, obs. B. Bouloc ; Cass. Civ. 2^e, 14 mai 2009, n° 08-14.129.

¹⁸⁸¹ CJCE 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt*, n° C-243/08 ; , JCP E, n°42, 15 octobre 2009, 1970 : « *le juge national est tenu d'examiner d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. Lorsqu'il considère une telle clause comme étant abusive, il ne l'applique pas, sauf si le consommateur s'y oppose* ».

toujours être assez réticente à une application généralisée du relevé d'office. L'arrêt du 22 mai 2019 de la première chambre civile de la Cour de cassation encadre strictement cette obligation, puisqu'il considère que les juges du fond n'ont pas à rechercher d'office le caractère abusif d'une clause au sujet de laquelle le consommateur n'a formulé aucune prétention ni aucun moyen¹⁸⁸², ce que la Cour de justice de l'Union européenne apparaît confirmer puisqu'elle affirme dans un arrêt du 11 mars 2020¹⁸⁸³ que le juge n'est tenu de relever d'office que les clauses liées à l'objet du litige. Cette règle a pour but de conférer un « *effet utile de la protection voulue par la directive de 93* »¹⁸⁸⁴, que la CJUE considère comme fondamentale puisqu'elle va même jusqu'à retenir l'obligation pour le juge de relever d'office le caractère d'une clause alors même que le consommateur ne comparait pas personnellement¹⁸⁸⁵.

Néanmoins, dans un arrêt très récent de la deuxième chambre civile rendu le 14 octobre 2021, la Cour de cassation reconnaît le devoir de relever d'office pour les juridictions du fond¹⁸⁸⁶. Il s'agirait d'une nouvelle étape cruciale dans le droit de la consommation.

577. Vers une généralisation de la possibilité de relevé d'office et une extension du devoir de relevé d'office. Même si le droit interne s'est montré très réticent dans la généralisation du relevé d'office, cette faculté offerte au magistrat mérite d'être étendue. Tout d'abord, il conviendrait d'étendre la possibilité de relevé d'office toute disposition relative aux pratiques restrictives de concurrence, dans l'optique de garantir une protection plus effective aux professionnels se trouvant dans une position de faiblesse par rapport à leurs contractants. Le déséquilibre dans les rapports de force entre les contractants dans le cadre de ces contrats est souvent présent et offrir la possibilité de relever d'office des dispositions protectrices

¹⁸⁸² Cass. civ. 1^{re}, 22 mai 2019, n° 17-23.663, P ; D. 2019, p.1164 ; D. 2019, p.2009, obs. D. R. Martin et H. Synvet.

¹⁸⁸³ CJUE, 11 mars 2020, aff. C-511/17, D. *actu.* 30 mars 2020, obs. J.-D. Pellier ; D. 2020, p. 1394, obs. G. Poissonnier ; *AJ contrat*, 2020, p.292.

¹⁸⁸⁴ C. Aubert de Vincelles, « Office du juge communautaire et national, et directive n°93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1467.

¹⁸⁸⁵ CJUE, 4 juin 2020, aff. C-495/19, D. 2020, p.1228.

¹⁸⁸⁶ Cass. civ. 2^e, 14 oct. 2021, n°19.11.758, D. *actualité* 5 nov. 2021, obs. M. Hervieu : « *En statuant ainsi, alors qu'il résultait des éléments de fait et de droit débattus devant elle, d'une part, que la clause X définissait l'objet principal du contrat, en ce qu'elle prévoyait les modalités de la transformation en rente de l'épargne constituée par l'adhérent, d'autre part, qu'elle renvoyait, sans autre précision, au « tarif en vigueur », de sorte qu'il lui incombait d'examiner d'office la conformité de cette clause aux dispositions du code de la consommation relatives aux clauses abusives en recherchant si elle était rédigée de façon claire et compréhensible et permettait à l'adhérent d'évaluer, sur le fondement de critères précis et intelligibles, les conséquences économiques et financières qui en découlaient pour lui, et, dans le cas contraire, si elle n'avait pas pour objet ou pour effet de créer un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au détriment du non-professionnel ou consommateur, la cour d'appel a violé le texte susvisé.* ».

apparaît tout à fait cohérent avec l'idée directrice qui innerve le droit des pratiques restrictives de concurrence.

578. En outre, il serait opportun d'étendre l'obligation des juges de relever d'office en matière consumériste. La Cour de justice de l'Union européenne semble se diriger doucement dans cette direction en affirmant dans un arrêt de 2016 en matière de crédit à la consommation que « *la protection effective du consommateur ne pourrait être atteinte si le juge national n'était pas tenu d'apprécier d'office le respect des exigences découlant des normes de l'Union en matière de droit de la consommation* »¹⁸⁸⁷. On pourrait imaginer, notamment pour toutes les pratiques punies par des règles répressives, cette extension du relevé d'office afin de garantir une meilleure application du droit de la consommation. Selon Madame Hélène AUBRY, cette extension « *permettrait de renforcer l'effectivité des règles consuméristes d'origine européenne, mais elle imposerait aux juges une tâche difficilement réalisable, au regard du temps dont les juridictions disposent pour traiter une affaire* »¹⁸⁸⁸. En effet, l'idée est tentante de toujours plus protéger le consommateur en lui apportant une protection juridique pleine et entière jusqu'au prononcé du jugement. Toutefois, cela induit une implication beaucoup plus conséquente pour le magistrat dans chaque dossier, puisqu'il devrait vérifier la conformité de toutes les règles de droit avant de rendre son verdict, et ne serait plus simplement tenu par les demandes des parties. Possible dans l'absolu, cette extension du relevé d'office obligatoire ne pourrait se faire que dans le cadre d'une spécialisation d'un magistrat dans ce type de litiges, afin de garantir une connaissance et une implication totale des juges en charge.

579. Transition. Le relevé d'office donne au juge un rôle fondamental dans la protection des contractants et du marché. Son importance se manifeste dans la garantie qu'il va accorder aux personnes poursuivies. Il est en effet indispensable de ne pas oublier, dans cette quête de la

¹⁸⁸⁷ CJUE, 21 avril 2016, *Ernst Georg Radlinger, Helena Radlingerova c/ Finway a. s.*, aff. C-3777/14, D. 2016, p.1744, note H. Aubry ; D. 2017, p.539, obs. H. Aubry, E. Poillot et N. Sauphanor-Brouillaud ; JCP 2016, p.1364, note S. Moracchini-Zeidenberg.

¹⁸⁸⁸ H. Aubry, in D. Fenouillet (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, coll. « Dalloz Action », 2020, p.302-303, n°127-12.

sanction, la protection des personnes poursuivies, pour se conformer aux règles conventionnelles et constitutionnelles en la matière.

II. Vers une protection commune des responsables des manquements : protéger les auteurs

580. L'indispensable protection des auteurs, quelle que soit la sanction choisie. Le rôle de l'exécutif dans les procédures répressives n'est plus à démontrer, tant sur le plan théorique que pratique, comme le confirme Madame Catherine TEITGEN-COLLY¹⁸⁸⁹. Elle poursuit en affirmant que sur un plan théorique, « l'exercice par l'Exécutif d'une fonction répressive pose plus largement la question de l'attribution des fonctions étatiques à tel ou tel organe de l'État et partant celle du sens du principe constitutionnel de séparation des pouvoirs »¹⁸⁹⁰. La place prise progressivement par des instances exécutives en vue du prononcé de sanctions administratives conduit à s'interroger sur les garanties qui assortissent ce pouvoir, car « dans un État de droit, la répression est œuvre de justice et non expression de l'arbitraire du Prince »¹⁸⁹¹. C'est pourquoi il est indispensable de s'assurer que le droit présente des garanties dans la défense des droits des personnes poursuivies (A), et de s'assurer que malgré une condamnation à une sanction administrative, l'auteur bénéficie d'un véritable droit à une voie de recours (B).

A. Des garanties dans la défense des droits des personnes poursuivies.

581. Une indispensable protection des auteurs. Le droit pénal s'est structuré autour de principes fondamentaux qui protègent les droits des justiciables, particulièrement celles des personnes poursuivies. L'influence d'auteurs tels que Beccaria et le *Des délits et des peines*¹⁸⁹² a conduit à la mise en place d'un maillage assez serré de droits et principes fondamentaux essentiels en droit pénal, tels que le respect du principe du contradictoire, le respect des droits de la défense, la légalité des délits et des peines, le principe de proportionnalité des peines,

¹⁸⁸⁹ Catherine Teitgen-Colly, « Préface », in E. Breen, *Gouverner et punir*, PUF, coll. « Les voies du droit », 2003, p. XIII.

¹⁸⁹⁰ *Ibid.*

¹⁸⁹¹ *Ibid.*

¹⁸⁹² C. Beccaria, *Des délits et des peines*, GF Flammarion, 1764 (2010).

etc.¹⁸⁹³. La protection des personnes poursuivies s'est structurée à l'appui de grands textes, comme la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789¹⁸⁹⁴, intégrée au bloc de Constitutionnalité par une décision du Conseil constitutionnel de 1971¹⁸⁹⁵, et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme (Convention EDH) et son article 6§1 qui garantit le droit à un procès équitable¹⁸⁹⁶. Il s'agit ici de s'assurer que toutes les sanctions répressives soient bien soumises aux règles de protection de l'article 6§1 de la Convention EDH. Tous les droits accordés en matière pénale (au sens interne du terme) doivent être accordés également en matière administrative et même en matière civile pour ce qui relève des dommages et intérêts punitifs¹⁸⁹⁷. C'est donc de la matière pénale au sens européen du terme qu'il s'agit.

582. La soumission progressive de la sanction administrative à la protection des droits fondamentaux. Le recours à la sanction administrative interroge sur la protection procédurale accordée aux personnes poursuivies et sanctionnées par les autorités administratives¹⁸⁹⁸. Le droit administratif s'est inspiré des mêmes sources que le droit judiciaire pour l'élaboration de ses règles protectrices des justiciables. On retrouve en effet l'influence progressive du droit européen et du droit interne, qui s'est effectuée en parallèle. En droit interne, le Conseil d'État a rapidement mis en exergue des principes protégeant les personnes poursuivies en relevant

¹⁸⁹³ V. not. sur la question : Fr. Tulkens, « Quatrième table ronde – Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge. – Actes », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., p. 152. De manière plus générale : S. Guinchard et alii., *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, coll. « Précis », 11^e éd., 2021 ; L. Cadiet, J. Normand et S. Amrani Mekki, *Théorie générale du Procès*, PUF, 3^e éd. mise à jour, 2020.

¹⁸⁹⁴ Les articles 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen garantissent le principe de légalité des délits et des peines, le principe de la présomption d'innocence.

¹⁸⁹⁵ Conseil constitutionnel, décision n°71-44 DC du 16 juillet 1971. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel attribue une valeur constitutionnelle au préambule de la Constitution de 1958, au sein duquel figure le Préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789. À l'occasion de cette décision, le Conseil constitutionnel accorde une valeur constitutionnelle à la liberté d'association et le reconnaît comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République.

¹⁸⁹⁶ Conv. EDH, art. 6, §1 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice ».

¹⁸⁹⁷ On rappelle ici que l'amende civile n'a plus lieu d'être dans le système que nous établissons et qu'elle doit être considérée comme une sanction non civile, et plus précisément comme une sanction pénale. Si le législateur n'opérait pas ce changement de nature, il serait alors indispensable que la procédure menant à la condamnation à l'amende civile obéisse aux exactes mêmes règles protectrices que celles d'une condamnation pénale.

¹⁸⁹⁸ La même question s'est posée au regard du prononcé de l'amende civile. Cependant, comme nous en avons déjà convenu, l'amende civile n'a pas lieu d'être et se doit d'être transformée en amende pénale : cf. *supra*.

l'existence d'un principe général de respect des droits de la défense en 1944¹⁸⁹⁹ avant de reconnaître le principe du contradictoire par une décision de 1981¹⁹⁰⁰. Ces règles ont par la suite été codifiées aux articles L.122-1 et suivants du Code des relations entre le public et l'administration¹⁹⁰¹.

La Cour européenne des droits de l'homme a d'abord permis, par une distinction assez générale de la matière civile et de la matière pénale, de prendre en considération la sanction administrative et de connaître des litiges y étant relatifs. L'arrêt *Öztürk* rendu le 21 février 1984, considéré comme fondateur sur cette question¹⁹⁰², affirme le caractère autonome de la notion de matière pénale au sens européen du terme. Le Conseil d'État va prendre en considération cette interprétation et considérer que de nombreuses sanctions prononcées par les administrations françaises relèvent du champ pénal de l'article 6§1 de la Convention EDH¹⁹⁰³.

En droit interne, la consécration du principe de la sanction administrative va avoir lieu en 1989 par deux décisions essentielles du Conseil constitutionnel, lequel va reconnaître l'autonomie de cette sanction tout en alignant, dans une grande mesure, son régime sur celui de la sanction pénale¹⁹⁰⁴. Cela contribue à la constitution d'un véritable pouvoir de répression administrative, qui doit être garanti dans le cadre d'une procédure administrative répressive respectueuse des

¹⁸⁹⁹ CE, 5 mai 1944, *Dame veuve Trompier-Gravier*, Rec. p. 133. Le principe général de respect des droits de la défense doit s'appliquer à toutes les mesures prises par l'administration, à condition que la mesure ait le caractère d'une sanction et qu'elle soit pour la personne condamnée, suffisamment grave.

¹⁹⁰⁰ CE, Assemblée, 6 février 1981, *Société varoise de transports*, n° 14910, Rec. ; CE, 30 avril 1997, *Syndicat national des masseurs-kinésithérapeutes-rééducateurs*, nos 180299 et 180328, Rec. Ce respect du principe du contradictoire consiste en la possibilité de consultation du dossier et la communication des griefs et de la possibilité de présenter des observations écrites ou orales (CE, 26 mars 1982, *C.-P.*n° 20569, T.). Cela implique également la possibilité de se faire représenter par un avocat.

¹⁹⁰¹ Le Code des relations entre le public et l'administration (CRPA) est un code récent issu de l'Ordonnance n°2015-1341 du 23 octobre 2015 et du décret n°2015-1342 du même jour. Il rassemble les règles générales applicables à la procédure administrative non contentieuse.

¹⁹⁰² CEDH, 21 février 1984, *Öztürk c/ Allemagne*, n°8544/79. Il sera confirmé par la suite, notamment par l'arrêt *Jussila* : CEDH, 23 novembre 2006, *Jussila c/ Finlande*, n°73053/01.

¹⁹⁰³ CE, avis, Section, 31 mars 1995, *Ministre du budget c/ Auto-Industrie Méric*, n° 164008, Rec., à propos de pénalités fiscales ; CE, 29 novembre 1999, *Société Rivoli Exchange* n° 194721, Rec., à propos des sanctions prononcées par la Commission bancaire ; CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec., à propos de sanctions prononcées par le Conseil des marchés financiers... Sur cette question, v. not. : Conseil d'État, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, 9 janvier 2017.

¹⁹⁰⁴ Cons. const., décision n°88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n°86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*. Le Conseil constitutionnel exige alors un lien entre le régime de sanctions et le régime d'autorisation et de nécessité du pouvoir de sanction pour l'accomplissement de sa mission par l'administration. Dans sa décision du 28 juillet 1989 (Cons. const., décision DC n°89-260 DC du 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse), le Conseil constitutionnel affirme que « le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors, d'une part, que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction est assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis ».

droits de la personne sanctionnée. Le Conseil constitutionnel déclare ainsi dans sa décision du 17 janvier 1989 qu'une « peine ne peut être infligée qu'à la condition que soient respectés le principe de légalité des délits et des peines, le principe de nécessité des peines, le principe de non-rétroactivité de la loi pénale d'incrimination plus sévère ainsi que le principe des droits de la défense » et que « ces exigences concernent non seulement les peines prononcées par les juridictions répressives mais aussi toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

On va alors assister, selon Monsieur Matthias GUYOMAR, à un « *phénomène de convergence des jurisprudences* »¹⁹⁰⁵, les juridictions internes se nourrissant des décisions européennes. Considérées comme relevant de la matière pénale, les sanctions administratives ont acquis un caractère autonome et vont subir désormais un contrôle de constitutionnalité et un contrôle de conventionnalité.

583. Les principes procéduraux protégés en matière administrative. Les autorités administratives vont être soumises progressivement au respect de nombreuses obligations procédurales, qu'elles devront respecter dans le cadre du prononcé des sanctions. Ainsi en est-il du respect des droits de la défense, comprenant le principe du contradictoire, la motivation des décisions¹⁹⁰⁶, du principe de légalité des délits et des peines¹⁹⁰⁷, du principe de rétroactivité

¹⁹⁰⁵ M. Guyomar, « La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). Actes », in Conseil d'État, *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, op. cit.*, p.114 et s.

¹⁹⁰⁶ La motivation des décisions a non seulement été prévue par la jurisprudence, mais également par une loi du 11 juillet 1979 : Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public.

¹⁹⁰⁷ CE, 9 octobre 1996, *Société Prigest*, n° 170363, T. ; CE, Section, 12 octobre 2009, *M. P.*, n° 311641, Rec. ; CE, Assemblée, 7 juillet 2004, *Ministre de l'intérieur c/ B*, n° 255136, Rec. ; CE, Section, 18 juillet 2008, *Fédération de l'hospitalisation privée* n° 300304, Rec.

de la loi pénale plus douce¹⁹⁰⁸, des principes de personnalité des peines¹⁹⁰⁹ et de proportionnalité des peines¹⁹¹⁰, ou encore du respect du principe « *non bis in idem* »¹⁹¹¹.

584. La question du principe d'impartialité. Le principe général du droit d'impartialité a également été reconnu et doit s'appliquer normalement à toute autorité administrative¹⁹¹². Dans l'arrêt *Didier* rendu en 1999, le Conseil d'État, qui fait ici une application directe de l'article 6§1 de la Convention EDH pour un litige purement administratif, a affirmé que les fonctions d'accusation, d'instruction et de jugement pouvaient être exercées au sein de la même autorité, dès lors qu'elles étaient exercées par différents organes¹⁹¹³. L'arrêt *Dubus* rendu par la Cour européenne des Droits de l'Homme le 11 juin 2009¹⁹¹⁴ va avoir une influence certaine sur la question, estimant qu'il est « *nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière à ce que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure* ». Dans cet arrêt, la juridiction européenne, consultée à propos de la possibilité ou non de l'autosaisine par une administration, va considérer que si le cumul des fonctions d'instruction et de jugement peut ne pas être incompatible avec le principe d'impartialité, tout va dépendre de sa mise en œuvre et de « *l'impression* » que ce cumul peut induire pour le justiciable. De fait, elle introduit ici la question de la « *théorie de l'apparence* »¹⁹¹⁵ : il est indispensable d'organiser le droit de manière plus visible et lisible. Il ne doit pas rester d'impression de confusion des rôles. Au nom de la théorie de l'apparence, il est fondamental que l'organisation de la procédure apparaisse de manière plus visible afin de ne pas laisser planer le doute d'une confusion des fonctions, « *qui pourrait révéler le risque d'un préjugement* »¹⁹¹⁶. Cette décision va entraîner des répercussions en droit interne, puisque ce principe fondamental a également été étendu aux

¹⁹⁰⁸ CE, 23 juillet 1976, *Secrétaire d'État aux postes et télécommunications c/ Dame R.*, n° 99520, Rec. ; CE, avis, Section, 5 avril 1996, *H.*, n° 176611, Rec. : application de la loi répressive nouvelle plus douce aux majorations pour mauvaise foi prévues par l'article 1729 I du Code général des impôts.

¹⁹⁰⁹ CE, Section, 8 janvier 1954, *Dame L.*, Rec. p. 22 ; CE, Section, 22 novembre 2000, *Société Crédit Agricole Indosuez Chevreux*, n° 207697, Rec.

¹⁹¹⁰ CE, 30 mai 2012, *Société Vera*, n° 351551, T. Ce principe implique notamment que la sanction devra être modulée en fonction de la qualité de l'auteur (personne physique ou personne morale), mais également en fonction de ses facultés de paiement et de son attitude face à l'infraction commise.

¹⁹¹¹ CE, 29 octobre 2009, *Société Air France c/ ACNUSA*, nos 310604 ; 310610, C et CE, 30 décembre 2016, *Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA)*, n° 395681, Rec.

¹⁹¹² CE, Section, 27 avril 1988, *M. S.*, n° 66650, Rec. ; CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec.

¹⁹¹³ CE, Assemblée, 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434, Rec. ; CE, Section, *M. L.*, n° 195512, A.

¹⁹¹⁴ CEDH, 11 juin 2009, *Dubus c/ France*, n° 5242/04.

¹⁹¹⁵ M. Guyomar, « La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). Actes », in Conseil d'État, *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., p.114 et s.

¹⁹¹⁶ *ibid.* p.118. V. également : Fl. Massias, « La sanction et les droits de la personne (Qui peut être sanctionné ? Les effets de la jurisprudence de la CEDH). Actes », in Conseil d'État, *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., p.114 et s

Autorités administratives indépendantes exerçant des pouvoirs de jugement et celles dotées d'un pouvoir de sanction, même celles qui ne sont pas qualifiées comme telles par le législateur¹⁹¹⁷. Le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité sur ce point, va se rallier à la vision européenne dans une décision de 2011 : « *les dispositions contestées, en organisant la Commission bancaire sans séparer en son sein, d'une part, les fonctions de poursuite des éventuels manquements des établissements de crédit aux dispositions législatives et réglementaires qui les régissent 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* »¹⁹¹⁸. Le pouvoir de sanction administrative en matière de droit économique contractuel est dévolu à la DGCCRF, laquelle peut mener des enquêtes, poursuivre des professionnels et les sanctionner le cas échéant. La question de son impartialité se pose donc particulièrement.

585. Le principe d'impartialité inopposable à la DGCCRF. Pour savoir si la DGCCRF répond bien aux exigences relatives au principe d'impartialité, il faut d'abord s'interroger sur la nature de cette administration. Sa nature administrative ne fait aucun doute, cette structure étant rattachée au ministère de l'Économie. Toutefois, elle n'a jamais été qualifiée d'autorité administrative indépendante par le législateur et la jurisprudence ne considère pas qu'elle en remplisse les critères. Partant, elle ne peut donc être assimilée à une juridiction. La cour administrative d'appel de Lyon l'affirme dans un arrêt du 1^{er} juin 2021¹⁹¹⁹, estimant que la décision de la DGCCRF attaquée¹⁹²⁰ « *n'émanant ni d'une juridiction, ni d'un tribunal* » au sens de l'article 6 §1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la société demanderesse ne peut reprocher à la direction départementale de la protection des populations de méconnaître le principe d'impartialité¹⁹²¹. Cette solution étonne au regard de la nécessité de respecter la théorie de l'apparence évoquée précédemment. Elle vient contredire le principe de la jurisprudence *Dubus* qui considère que « *la vérification de la manière*

¹⁹¹⁷ Sur cette question, v. not. B. Bourgeois-Machureau, « Éléments de réflexion sur le thème de la quatrième table ronde. Actes », p.135 et s., sp. p. 147 et s.

¹⁹¹⁸ Cons. const., décision n° 2011-200 QPC du 2 décembre 2011. Le Conseil constitutionnel a également été saisi d'une QPC sur l'autorité de la concurrence en 2012 (Décision n° 2012-280 QPC du 12 octobre 2012 *Société Groupe Canal Plus et autre*). La juridiction considère que l'organisation interne de l'Autorité de la concurrence est conforme à la Constitution. Les demandeurs reprochaient le fait que le rapporteur général soit nommé par le ministre et contestaient l'indépendance de la structure sanctionnatrice.

¹⁹¹⁹ CAA Lyon, 6^e chambre, 1^{er} juin 2021, 19LY02712, inédit au recueil Lebon.

¹⁹²⁰ Décision du directeur départemental de la cohésion sociale et de la protection des populations de la Nièvre du 5 juin 2018 infligeant une amende de 21 000 Euros à la société Carrefour Hypermarchés.

¹⁹²¹ Cette solution est habituelle. V. également : CAA Versailles, 4^e chambre, 17 nov. 2020, 19VE00220, inédit au Recueil Lebon.

dont se sont concrètement organisées les procédures ne suffit pas »¹⁹²². Au regard du pouvoir de sanction important dont bénéficie la DGCCRF, cela interpelle et questionne. Le respect du principe d'impartialité devrait s'imposer à elle, en séparant clairement les différentes entités chargées d'enquêter et de sanctionner. On constate alors que le niveau d'exigence requis dans le respect des droits fondamentaux a augmenté, puisque le juge administratif a un devoir de contrôle de plus en plus élevé. Pourtant, si le principe d'impartialité ne s'applique pas à la DGCCRF, le reste des principes lui sont-ils inopposables également ?

Une réponse négative doit s'imposer. La DGCCRF reste soumise, comme les autres autorités administratives, au principe du contradictoire et du respect des droits de la défense ou encore au principe de proportionnalité des peines.

586. Transition. L'influence des droits fondamentaux sur les sanctions va s'exercer tant en amont du prononcé de la sanction qu'en aval. En amont, le juge administratif doit contrôler le respect de la présomption d'innocence et le droit à un procès équitable, garanti aux articles 5 et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme¹⁹²³. En aval, le juge administratif doit s'assurer du respect des droits de l'auteur des manquements dans l'exécution de la sanction. Encore faut-il que ces droits puissent être garantis par un véritable contrôle de la sanction. Or, qui a la capacité de contrôler les décisions prises par la DGCCRF en matière de sanction administrative ? L'existence de voies de recours ouvertes aux personnes condamnées est indispensable pour la préservation de leurs droits.

B. Des garanties dans le droit à une voie de recours opportune.

587. Un principe non absolu. Défini par Henri MOTULSKY comme « *un système permettant un recours contre la décision de justice* »¹⁹²⁴, le droit à un recours est un droit à un « second examen du litige »¹⁹²⁵. Garantie essentielle des droits de la défense, en ce qu'elle permet de lutter contre l'arbitraire, le droit à une voie de recours n'est pourtant pas un droit absolu, il n'est pas prévu

¹⁹²² M. Guyomar, in *La sanction, regards croisés (...)*, *op. cit.*, sp. p.118.

¹⁹²³ Cass. crim. 17 sept. 2008, n°08-80.598 ; Cass. crim., 10 févr. 2009, n°08-93.837.

¹⁹²⁴ H. Motulsky, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in G. Cornu et J. Foyer (préf.), *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p.60 et s. V. également : G. Bolard, *Les juges et les droits de la défense*, *Mél. Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p.49 et s. ; G. Bolard, « Les principes directeurs du procès civil : le droit positif depuis Motulsky », *JCP* 1993, I, p. 3693.

¹⁹²⁵ L. Cadet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, p. 653, n°345.

systématiquement. L'exemple le plus marquant reste sûrement l'interdiction de l'appel en matière criminelle en droit interne. Pendant de nombreuses années, le législateur français a refusé d'accorder aux coupables des infractions les plus graves et conséquemment aux personnes condamnées aux sanctions les plus lourdes, le droit à voir leur affaire rejugée en pleine juridiction, c'est-à-dire en fait et en droit. Ce n'est que par une loi du 15 juin 2000¹⁹²⁶ que le double degré de juridiction fut finalement instauré en matière criminelle. Auparavant, seul le recours devant la Cour de cassation était envisageable.

Pourtant, le droit européen protège ce droit en matière pénale par le biais de l'article 2 du Protocole additionnel n°7 de la Convention EDH qui dispose que « *toute personne déclarée coupable d'une infraction par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou de condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi* ». Toutefois, la France avait émis une réserve d'interprétation sur cette question en considérant « *qu'au sens du protocole, l'examen par une juridiction supérieure se limite à un contrôle de l'application de la loi tel le recours en cassation* »¹⁹²⁷. Concrètement, la possibilité de voir son affaire examinée en droit par la Cour de cassation suffit à ce que l'exercice de ce droit soit garanti, du moins pour le législateur¹⁹²⁸. En pratique, le droit à l'appel est ouvert assez largement en droit pénal aujourd'hui, puisque c'est possible pour les crimes, pour les délits¹⁹²⁹ et pour une partie des contraventions¹⁹³⁰, considérées comme les plus graves¹⁹³¹. En matière civile, le droit au recours est également très ouvert, même s'il n'est pas possible d'interjeter appel pour certains litiges, définis en fonction du taux de ressort¹⁹³². En ce cas, seul le pourvoi en cassation demeure possible, si une erreur de droit a été commise.

¹⁹²⁶ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

¹⁹²⁷ Déclaration du 22 novembre 1984. V. not. sur cette question : L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 3^e éd. MAJ, 2020, p.54 et s., n°346.

¹⁹²⁸ C'est également ce que prévoit l'article 14§5 du Pacte international relatifs aux droits civils et politiques de 1966 (PIDCP) : « *Toute personne déclarée coupable d'une infraction a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité et la condamnation, conformément à la loi.* ». En outre, le Conseil constitutionnel confirme l'absence de valeur constitutionnel de cette règle : Cons. const., décision DC 14 mai 1980, n°80-113 L, Rec. Cons. const. 61.

¹⁹²⁹ CPP., art. 496 : « *Les jugements rendus en matière correctionnelle peuvent être attaqués par la voie de l'appel.* »

L'appel est porté à la cour d'appel. »

¹⁹³⁰ CPP., art. 546.

¹⁹³¹ La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice prévoit, pour limiter les délais et la durée des audiences, de limiter les appels en obligeant le prévenu à en préciser la portée : v. not. : G. Roussel, Fr.-X. Roux-Demare, *Procédure pénale*, Vuibert, 11^e éd., p. 451, n°994.2020

¹⁹³² Il est en effet impossible d'interjeter appel pour des litiges civils portant sur une somme ou une obligation d'un montant inférieur ou égale à 5 000 Euros. Ce taux de ressort a fait l'objet d'une modification depuis l'entrée en vigueur le 1^{er} janvier 2022 de la Loi n°2019-222 du 23 mars 2019 de programmation et de réforme pour la justice.

Toutefois, qu'il s'agisse des sanctions civiles ou des sanctions pénales, elles sont toutes prononcées par un magistrat en première instance. Il s'agit donc de rejuger une affaire qui a déjà été étudiée par un professionnel du droit, reconnu comme le garant des libertés individuelles par la Constitution de 1958¹⁹³³. Or, dans le cadre du droit économique contractuel, lorsque des sanctions administratives sont prononcées, elles sont l'œuvre de la DGCCRF, donc d'une administration, et non d'un magistrat indépendant. Il est donc d'autant plus important que les décisions prises par cette structure puissent faire l'objet d'un contrôle afin de garantir les droits des personnes condamnées. Or, le droit administratif, souvent pour gérer les flux il est vrai, a eu tendance à restreindre les recours¹⁹³⁴.

588. L'existence de recours offerts au condamné en matière administrative. Le droit administratif est un droit composite. Les sanctions administratives peuvent non seulement être prononcées par les juridictions administratives classiques (tribunaux administratifs, cours administratives d'appel, Conseil d'État), mais également par des Autorités administratives indépendantes (telle que l'Autorité des Marchés financiers ou l'Autorité de la concurrence) et par des administrations. Or, le recours en droit administratif « s'entend de la demande, de l'acte de procédure par lequel le juge administratif est saisi d'une prétention dont l'auteur entend faire reconnaître le bien fondé¹⁹³⁵. Il s'agit de la contestation d'un acte préalable de l'administration ». En matière administrative, « l'ouverture de voies de recours suppose que l'on soit en présence de décisions administratives faisant grief, c'est-à-dire modifiant la situation juridique des personnes qui en sont destinataires »¹⁹³⁶. Or, « les décisions infligeant des amendes administratives, en tant qu'elles imposent le paiement d'une somme d'argent, revêtent cette qualité et sont donc susceptibles de recours » pour Madame Anne-Cécile MARTIN et Monsieur Régis PIHÉRY. Le recours contre une décision de l'administration semble alors possible¹⁹³⁷. En effet, en pratique, il s'avère que les décisions de la DGCCRF en matière de droit économique contractuel peuvent faire l'objet de plusieurs types

¹⁹³³ Constitution du 4 octobre 1958, article 66 al. 2 : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

¹⁹³⁴ L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 656, n°346.

¹⁹³⁵ Définition donnée par Messieurs Loïc Cadiet et Jacques Normand, ainsi que Madame Soraya Amrani Mekki : L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, 3^e éd. MAJ, 2020, p.318, n°153. V. également R. Chapus, *Droit administratif général*, t. 1, Montchrestien, 15^e éd., 2001, n°450 et s.

¹⁹³⁶ A.-C. Martin et R. Pihéry, « Fasc. 720. Pratiques restrictives de concurrence. – Procédures de contrôle et de sanction », *Jurisclasseur Concurrence – Consommation*, 11 janv. 2018, n°30.

¹⁹³⁷ Pour Madame Marie-France Mazars, « le sanctionné aura toujours, sur le fondement de l'article 6§1 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, la faculté d'exercer un recours devant le juge » : « Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge. Actes. », Conseil d'État, *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, op. cit., p.137 et s., sp. p. 140.

de recours, qui se divisent en recours administratifs d'une part et recours contentieux d'autre part¹⁹³⁸. Les recours administratifs se subdivisent eux-mêmes en deux catégories : les recours gracieux et les recours hiérarchiques. Les premiers sont formés devant la structure qui a rendu la décision contestée. En matière administrative, cela se fera notamment devant le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur départemental de la cohésion sociale et de la protection des populations ou encore devant le directeur des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi¹⁹³⁹. Le recours hiérarchique est quant à lui prévu à l'article R. 470-2, II du Code de commerce¹⁹⁴⁰. Il est effectué devant le ministre de l'Économie. Les recours administratifs et contentieux ne sont pas alternatifs les uns des autres. En effet, il n'est pas rare qu'après avoir épuisé les recours administratifs, les coupables se dirigent vers les juridictions administratives. Ainsi, plusieurs exemples montrent qu'une personne condamnée à une sanction administrative peut d'abord tenter d'obtenir l'annulation du prononcé de l'amende en sollicitant le ministre de l'Économie, avant de s'orienter vers une procédure devant le juge administratif¹⁹⁴¹.

Le juge administratif va exercer un réel contrôle sur la sanction administrative. Non seulement il devra s'attacher à vérifier la conformité de la sanction au principe de proportionnalité des

¹⁹³⁸ C. des relations entre le public et l'administration : « Toute décision administrative peut faire l'objet, dans le délai imparti pour l'introduction d'un recours contentieux, d'un recours gracieux ou hiérarchique qui interrompt le cours de ce délai.

Lorsque dans le délai initial du recours contentieux ouvert à l'encontre de la décision, sont exercés contre cette décision un recours gracieux et un recours hiérarchique, le délai du recours contentieux, prorogé par l'exercice de ces recours administratifs, ne recommence à courir à l'égard de la décision initiale que lorsqu'ils ont été l'un et l'autre rejetés. »

¹⁹³⁹ L'article R. 470-2 I du Code de commerce précise que les personnes pouvant infliger une sanction administrative dans le cadre des manquements mentionnés au titre IV du Livre IV du Code de commerce sont : « 1° Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant nommément désigné ; 2° Le chef du service national des enquêtes de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son représentant nommément désigné ; 3° Le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou son représentant nommément désigné ; 4° Le directeur des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou son représentant nommément désigné. » Quant au Code de la consommation, ce dernier dispose à l'article R.522-1 que l'autorité administrative amenée à prononcer les sanctions administratives est soit « le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le chef du service national des enquêtes de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, le directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi ou le directeur de la direction départementale chargée de la protection des populations ». Le deuxième alinéa de cet article ajoute que « ces autorités administratives peuvent déléguer leurs signatures aux fonctionnaires de catégorie A placés sous leur autorité. ».

¹⁹⁴⁰ L'article R. 470-2, II du Code de commerce dispose que « la décision mentionnée à l'article L.470-2 peut être contestée par la personne qui en fait l'objet devant le ministre chargé de l'économie. Ce recours est exclusif de tout autre recours hiérarchique ».

¹⁹⁴¹ CAA de MARSEILLE, 6^{ème} chambre - formation a 3, 14/06/2021, 20MA00199, Inédit au recueil Lebon la DGCCRF avait prononcé une amende de 200 000 Euros à l'encontre d'une entreprise en méconnaissance des dispositions de l'article L. 441- 6 du Code de commerce en violation des règles sur les délais de paiement. Après un recours hiérarchique devant le ministre de l'Économie qui a confirmé la décision de la DGCCRF, l'entreprise a saisi le tribunal administratif. Ce dernier rejetant sa demande, l'affaire a été jugée en appel devant la Cour d'appel administrative de Marseille, laquelle a réduit le montant de l'amende à 150 000 Euros. V. également : CAA de PARIS, 3^{ème} chambre, 07 juill. 2020, 18PA03828, Inédit au Recueil Lebon.

peines¹⁹⁴², mais il devra également veiller au principe de l'individualisation de la peine¹⁹⁴³, en veillant à la modulation de la peine en fonction de la personne condamnée, s'il s'agit d'une personne morale ou d'une personne physique, de ses facultés de paiement, de sa volonté de réparer¹⁹⁴⁴. Il devra également s'attacher au respect du principe *non bis in idem*, particulièrement intéressant lorsque l'on se trouve dans ce type d'infractions qui peuvent être tant punies par le droit administratif que par le droit pénal.

Malgré ces facultés de recours offertes, le nombre de recours est très limité en pratique. En effet, en 2019, en ce qui concerne les contentieux relatifs aux délais de paiements, seuls 42 recours administratifs gracieux ont été constatés, 16 devant le ministre de l'Économie et les 26 autres devant l'auteur de la décision, à titre gracieux¹⁹⁴⁵. En parallèle, seuls 11 recours contentieux étaient effectués. Dans le cadre des litiges de consommation, les recours contentieux sont peu fréquents. Environ une quinzaine de décisions des cours administratives d'appel ont pu être recensées entre 2014 et fin octobre 2021. Plusieurs explications peuvent être données, la première étant que les personnes condamnées se satisfont de la sanction prononcée et qu'ils décident de ne pas contester la décision prise par la DGCCRF. La deuxième, plus dérangeante, serait un découragement face aux différentes difficultés procédurales. À la lecture des décisions, il apparaît que ce sont généralement des grands groupes de distribution, des entreprises avec un poids financier conséquent, qui agissent devant les cours administratives d'appel contre les décisions de condamnation à des sanctions administratives.

589. Les difficultés persistantes. L'existence d'un recours contre les décisions de la DGCCRF est rassurante pour la préservation des droits des personnes condamnées par cette autorité. Toutefois, cela n'est pas sans poser quelques difficultés. Outre la lourdeur des recours, due à leur multiplicité, qui nuisent au devoir de célérité¹⁹⁴⁶, il existe d'autres points dérangeants. D'une part, l'absence de la victime dans le processus administratif est assez remarquable. Qu'il

¹⁹⁴² CAA Paris, 3^e ch. 25 juin 2019, n°17PA02387, inédit.

¹⁹⁴³ Le droit administratif s'inscrit ici dans la droite lignée de la pensée de Saleilles sur la nécessité de l'individualisation de la peine.

¹⁹⁴⁴ S Bernheim-Desvaux, « Amendes administratives prononcées par la DGCCRF et contrôle juridictionnel, *contr. Conc. consom.*, 2020, comm. 106.

¹⁹⁴⁵ DGCCRF, *Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale*, 2019. V. également : Centre du Droit de l'Entreprise de la Faculté de Droit de Montpellier, *Actions en justice à l'initiative des acteurs économiques. Bilan des décisions judiciaires civiles et pénales (période du 1^{er} janvier au 31 décembre 2020)*, 2021.

¹⁹⁴⁶ Pour exemple : la Cour administrative de Bordeaux a été amenée à statuer le 6 juillet 2021 sur une lettre d'injonction en date du 13 juin 2017 prise par la direction départementale de la protection des populations (DDPP) de la préfecture de Gironde : CAA Bordeaux, 4^e ch., 06 juill. 2021, n°19BX02259, inédit.

s'agisse de la décision rendue en premier par la DGCCRF ou lors des recours ultérieurs, le contractant victime est totalement absent. Si la sanction administrative n'avait été créée que dans le but de permettre la protection du marché, cela pourrait s'entendre. Cependant, la mise en place des sanctions administratives est venue remplacer pour partie des sanctions pénales, dans un cadre où la victime à sa place. D'autre part, se pose toujours la légitimité du juge administratif de juger un contentieux contractuel, de nature judiciaire à l'origine.

590. La nature judiciaire du droit économique contractuel. Les propos développés au cours de cette étude montrent à quel point le droit économique contractuel est un droit de nature judiciaire. Le contrat est un instrument civil, d'abord encadré par des sanctions civiles, donc judiciaires. Par la suite, pour favoriser la protection et pour punir les auteurs de comportements frauduleux, le législateur a mis en place des sanctions pénales pour réprimer les atteintes les plus graves au contrat, donc judiciaires. Ce n'est que tardivement, voire très tardivement, que la matière administrative s'est invitée pour sanctionner le droit économique contractuel. Mais justement, elle s'est introduite sur un territoire qui n'est pas le sien : elle s'est occupée d'un instrument civil, en vue de pallier, la plupart du temps, l'inefficacité des sanctions judiciaires précédemment édictées ou de dédramatiser la répression dans ce domaine en cachant les sanctions pénales pour mettre en lumière des sanctions administratives, moins effrayantes pour les auteurs (et souvent moins sévères). Même si l'administration dispose du droit de prononcer des sanctions de cette nature en sus ou à la place des sanctions judiciaires, pour les raisons qui ont déjà été évoquées, le recours contre ces décisions devrait avoir lieu devant une juridiction judiciaire, du moins pour les recours contentieux, à l'image des décisions de l'Autorité de la concurrence qui peuvent faire l'objet d'un appel devant la Cour d'appel de Paris¹⁹⁴⁷. Ainsi, la nature judiciaire du litige ne serait plus ignorée. Mieux, cela redonnerait une cohérence d'ensemble à la matière, en évitant de disperser le contentieux.

Si l'administration prononce des sanctions administratives, alors elle doit le faire sous le contrôle de l'autorité judiciaire.¹⁹⁴⁸ Une procédure d'homologation par un juge judiciaire de la décision administrative pourrait également être envisagée, ce qui permettrait de régler les cumuls entre les différentes sanctions, même si cela conduirait à un certain ralentissement dans le prononcé

¹⁹⁴⁷ V. not. : L. Arcelin, « Les aspects procéduraux du contrôle. Des pratiques anticoncurrentielles en droit interne », in G. Jazottes (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, op. cit., p.145.

¹⁹⁴⁸ Les exemples montrent de toute façon que dès qu'il s'agit de l'exercice des voies de recours, la justice administrative fait preuve également de délais relativement longs.

des décisions. Cela justifierait le recours devant la juridiction judiciaire par la suite. De plus, afin de garantir cette nature judiciaire et proposer une protection homogène à tous les contractants, tous les recours contre les sanctions, civiles, pénales et administratives, seraient désormais effectués devant la même juridiction, à savoir la Cour d'appel. Ainsi, les décisions de la DGCCRF prononçant des sanctions administratives doivent pouvoir être contestées devant la cour d'appel. Le contraire nuit aujourd'hui à la cohérence du droit économique contractuel. Il est impératif de retrouver une véritable efficacité du droit économique contractuel tout en garantissant des droits suffisants pour les auteurs. La concentration des voies de recours entre les mains de l'institution judiciaire y participe, puisque cela évitera des recours multiples devant les différentes juridictions si la personne est condamnée tant à des sanctions administratives qu'à des sanctions pénales et/ou judiciaires pour les mêmes faits.

591. Conclusion section. L'étude réalisée montre que les garanties procédurales offertes aux auteurs de manquements en matière administrative se rapproche très fortement de celle dont bénéficient les délinquants en matière pénale. Si la protection n'est pas optimale, particulièrement au regard du respect du principe de l'impartialité, une même autorité étant amenée à enquêter, poursuivre et juger, il est rassurant de constater que la plupart des droits des justiciables punis par l'administration soient respectés. Mieux, le recours s'y démultiplie, au risque cependant de prolonger inutilement certaines procédures. Malgré tout, il apparaîtrait plus logique, en vue de garder une cohérence d'ensemble de la discipline, que les juridictions judiciaires aient un pouvoir de contrôle sur ces décisions. La cohérence procédurale d'ensemble sera complétée en renforçant la protection des victimes, qui se caractérisera par des actions de défense des intérêts des consommateurs plus aisées à mettre en œuvre et un renforcement du pouvoir des magistrats sur la sanction.

592. Conclusion chapitre. La multiplicité des sanctions en droit économique contractuel et, partant, celles des procédures pour y parvenir, a conduit à une trop grande complexité du système actuel pour des résultats qui restent décevants. Progressivement, la sanction administrative s'est dotée d'un régime similaire à celui de la sanction pénale, particulièrement au regard de la protection des droits de la défense parvenant à une véritable « pénalisation de la procédure ». Toutefois, la victime reste assez exclue de ce système procédural opaque : déjà en difficultés devant les juridictions civiles, les solutions répressives apportées actuellement ne lui accordent pas assez d'intérêt, particulièrement en droit administratif où elle est ignorée. C'est pourquoi il est impératif de redonner une véritable cohérence d'ensemble au droit économique contractuel en remettant les parties au cœur du procès, que ce soit de manière directe, en leur permettant de se diriger vers le bureau des litiges économiques notamment, mais également de manière indirecte en facilitant le recours des associations et en accordant des pouvoirs plus étendus au magistrat prononçant les sanctions. Ces propositions permettront une meilleure efficacité de la discipline en vue de parvenir à une meilleure effectivité de la sanction.

593. Conclusion titre. Aujourd'hui se pose la question de ce qui différencie encore le droit administratif du droit pénal, du moins dans le domaine du droit économique contractuel. Deux éléments, irréductibles, peuvent être retenus : un critère organique tout d'abord, les sanctions administratives sont prononcées par des autorités administratives et les sanctions pénales sont prononcées par des juridictions pénales ; un critère d'exécution de la sanction par la suite. Un autre élément pourrait être actuellement retenu : en droit administratif, il n'existe pas de possibilité pour la victime de se constituer partie civile. Cependant, le premier de ces éléments est de plus en plus flou aujourd'hui, avec les pouvoirs pris par le ministère public et la DGCCRF, lesquels influent sur les procédures des autres disciplines. Le deuxième élément, quant à lui, est un constat que nous devons déplorer. Le droit économique contractuel s'est spécialisé et développé dans le but de protéger le marché mais également les contractants et leurs relations contractuelles. Une meilleure effectivité des sanctions et du droit économique contractuel était la promesse justifiant la mise en place de procédures atypiques, entre les actions en défense des intérêts des consommateurs et les pouvoirs accordés à l'administration. Cependant, la victime n'a pas réellement trouvé sa place dans ce système, subissant plutôt la situation. Il est donc

impératif de remettre la victime au cœur de la procédure, notamment en lui créant un accès privilégié à la justice par le biais du bureau des litiges économiques. De spectateur passif, il doit devenir acteur de sa propre protection en lui permettant d'avoir un réel impact sur les différentes procédures en cours, que ce soit de manière directe ou indirecte.

594. Conclusion Partie 2. Redonner du sens à la sanction, c'est lui redonner une fonction, son utilité première. En définissant la sanction juridique comme « toute réaction du droit à la violation d'une norme juridique entraînant une contrainte », cela a permis de donner un point de départ à l'étude des sanctions spécifiques, particulièrement les sanctions répressives. Or, si leurs définitions divergent initialement, leurs similitudes sont telles qu'il existe un régime quasi identique pour l'encadrement du prononcé de ces deux sanctions. Pour Madame Marie-France MAZARS, le cap serait passé et l'on aboutirait à un véritable « Droit commun de la sanction »¹⁹⁴⁹. La ressemblance est telle que si l'on arrive à délimiter un but commun, qui la protection d'un ordre public économique renforcé, en droit économique contractuel, l'établissement d'une hiérarchie entre ces deux sanctions en fonction de leur degré de gravité soit voué à l'échec, la sanction administrative ayant un champ d'application trop vaste. Pareille réflexion peut être faite à l'égard des autres points d'achoppement éventuels : ces deux sanctions, répressives, se confondent et alternent au gré des réformes législatives sans autre logique que la volonté politique et des considérations procédurales. Car c'est là l'un des points sur lesquels se retrouvent également la sanction administrative et la sanction pénale : leur intégration au sein des dispositions de droit spécial en vue de pouvoir bénéficier de leurs avantages procéduraux et de garantir une plus grande effectivité de la sanction et plus largement une plus grande efficacité du droit économique contractuel. La procédure civile s'est montrée trop contraignante, la procédure pénale trop longue et pas assez utilisée. Sans jamais renier l'une et l'autre, le législateur maintenant une diversification de la sanction dans les trois domaines, il a toutefois fait une place de plus en plus grande à l'administration pour prononcer les sanctions en la matière, bénéficiant des avantages procéduraux plus souples de cette dernière. Ce faisant, elle écarte néanmoins au passage la victime, qui se retrouve la partie la plus mise de côté dans ces évolutions procédurales. Dès lors, il apparaît important de renouveler les procédures existantes en créant une nouvelle

¹⁹⁴⁹ Marie-France Mazars, « Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge. Actes. », in Conseil d'État, *La sanction, regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p.137.

structure, le guichet unique, qui aura une double vocation : garantir un véritable accueil, avec suivi, des justiciables et assurer une meilleure identification des manquements pour une plus grande efficacité de la matière. Cela passera également par une spécification de la matière, avec création d'un ministère public spécifique et d'une juridiction dédiée, le tout permettant d'assurer une meilleure protection des parties en leur garantissant une meilleure effectivité des sanctions tout en respectant les droits des parties.

CONCLUSION GENERALE

595. Le droit économique contractuel est une discipline fondamentalement contemporaine, qui évolue avec son temps et les avancées sociétales. Droit très protecteur, il a pour but de protéger non seulement le marché, mais également les différents contractants, en priorité la partie faible au contrat. Son champ d'intervention, le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrences, a donc subi une légifération exponentielle ces quarante dernières années. Mêlant volonté de régulation et d'efficacité des procédures tout en ménageant les entreprises françaises, le législateur a construit un régime autour de trois grands types de sanctions : les sanctions civiles, pénales et administratives. Sans jamais faire disparaître les unes au profit des autres, malgré les velléités de certains, les sanctions en droit économique contractuel forment aujourd'hui un panel très diversifié. De la matière originelle, le droit civil, le droit économique contractuel a non seulement gardé toutes les sanctions du code de 1804, mais a également diversifié ses sanctions progressivement, par le biais de la jurisprudence d'abord, et du législateur par la suite. L'impact des sanctions civiles classiques sur les contrats, les relations commerciales et les contractants eux-mêmes est telle qu'il convient de ne pas les remettre en question : elles doivent perdurer, dans leur globalité, au sein du droit commun des contrats. Évidemment, chacune d'entre elles prise individuelle présente des inconvénients, mais leur présence est indispensable au bon fonctionnement des relations contractuelles. Elles sont le socle de la matière et permettent de dénouer des relations contractuelles complexes. Toutefois, le droit civil s'est montré plus aventureux ces dernières années, menant à la création des sanctions qui se trouvent à la lisière du civil et du répressif (dommages et intérêts punitifs, amende civile). Si les dommages et intérêts punitifs ne sont pas encore réellement intégrés au droit positif, ce que nous appelons pourtant de nos vœux, l'amende civile est une sanction particulière qui a déjà été mise en œuvre à de nombreuses reprises. Cette sanction au terme paradoxal ne doit pas survivre à une prochaine réforme et doit être transformée en amende pénale.

Quant aux sanctions répressives, elles ont suivi, à quelques années d'intervalle, des destinées parallèles. On observe en effet un véritable lien entre les sanctions pénales et les sanctions administratives, qui va se manifester de plusieurs manières. Premièrement, la nature des amendes est quasiment la même. Si les sanctions pénales sont plus fournies, comprenant

notamment toutes les peines privatives de liberté, les similitudes entre ces deux types de sanctions sont importantes, particulièrement sur l'amende, sanction commune, mais également l'affichage, les confiscations, etc. Le rôle attribué à l'amende en droit économique est crucial, puisqu'elle peut être pénale, administrative et même civile. En outre, le législateur a prévu dans les années 2010 la possibilité de moduler le montant de la peine non plus en fonction d'un *quantum* classique, mais en fonction du profit réalisé par l'infraction. Ce type d'amende, créée pour sanctionner les fautes lucratives, choisit de dissuader l'auteur de l'infraction en le condamnant à une peine réellement affligeante. La diversification des sanctions soulève quelques difficultés, notamment quant à la nature réelle de ces sanctions, qui peuvent être tour à tour civile, administrative ou pénale, et sur la fonction de ces sanctions au sein du droit économique contractuel.

Partant du constat d'un paysage assez confus, la nécessité de reprendre les fondements de la notion de sanction s'est fait jour. Si cette notion s'est révélée très riche, notamment au regard des nombreuses définitions existantes, les questionnements autour de la sanction juridique ont redoublé, particulièrement quand il s'est agi de distinguer la sanction pénale de la sanction administrative. Répressives par nature, elles ne sont pas prononcées par les mêmes autorités (du moins pour l'instant). En droit économique contractuel, leur présence garantit la défense d'un ordre public économique renforcé. Toutefois, distinguer une différence de protection entre les deux semble compliqué. Si le droit pénal apparaît plus protecteur de prime abord, les sanctions prononcées par les autorités administratives font relativiser ce point de vue ; particulièrement quand le droit pénal peine à trouver une véritable efficacité.

La question s'est alors posée de savoir quelle était la raison d'être de ces sanctions répressives. Si elles ne se distinguent pas réellement dans leurs fonctions, ni dans la défense des intérêts protégés, sur quel critère le législateur se fonde-t-il pour prévoir dans les textes d'incrimination tantôt la sanction pénale, tantôt la sanction administrative, tantôt les deux ? C'est l'argument procédural qui apparaît le plus avéré ici. Chacune des procédures permettant d'aboutir à la sanction dispose de spécificités qui les rendent attrayantes par rapport aux autres. Par conséquent, le choix de la sanction en droit économique contractuel ne se réalise pas en fonction de l'essence même de la sanction, mais en fonction des possibilités de mise en œuvre procédurales... Dès lors, se pose la question de l'amélioration des différents systèmes procéduraux, en vue de favoriser un choix cohérent de la sanction. Des actions collectives en défense des intérêts des consommateurs ont été créées, sans que leur mise en œuvre soit

pleinement satisfaisante. Même l'action de groupe, qui avait fait l'objet de tant de craintes, se montre aujourd'hui très décevante dans son application en droit de la consommation. Toutes ces procédures méritent d'être revues afin de multiplier les recours pertinents. En outre, il importe de redonner sa place à la victime, trop souvent oubliée lorsque l'on se trouve dans le cadre des procédures administratives et pénales. C'est pourquoi nous proposons la création d'un guichet unique, nommé le bureau des litiges économiques. Il s'agira d'une interface avec une présence physique et digitale, permettant de prendre réellement en main les litiges du droit économique contractuel. En outre, serait à la tête de ce bureau un ministère public spécialisé, qui aurait pour but de centraliser tous les contentieux, identifier les éventuels litiges et y remédier par le biais de moyens appropriés. Enfin, comme le rappelle Madame Héléne AUBRY, le « juge reste le principal garant des droits des consommateurs »¹⁹⁵⁰. Par conséquent, il serait nécessaire que tous les litiges relatifs au droit économique contractuel restent sous la coupe du juge judiciaire. Une technique d'homologation pourrait permettre au juge judiciaire de vérifier la validité des décisions prises par l'administration sans pour autant dessaisir le DGCCRF de toutes ses compétences dans le prononcé de la sanction. Ses décisions feraient donc l'objet d'une homologation devant le juge judiciaire et les recours seraient également effectués désormais devant l'autorité judiciaire, compétente naturellement pour tous les litiges contractuels.

Ce n'est qu'au prix de ces modifications que le paysage du droit économique contractuel s'éclaircira. De telles modifications, avec la spécialisation de magistrats dans ce contentieux pourrait également permettre de revoir à terme l'organisation des sanctions, en vue de redonner plus de cohérence. Ce n'est qu'au prix de tous ces efforts que la toile se devinera plus nettement, les formes se dessinant de plus en plus précisément pour laisser apparaître non plus une toile impressionniste, mais un cliché net d'une photographie. Comme l'artiste a délaissé ses pinceaux pour l'objectif de l'appareil photographique, le droit économique contractuel pourra délaisser ces incertitudes et incohérences pour disposer d'un droit cohérent et protecteur grâce à des sanctions renouvelées.

¹⁹⁵⁰ H. Aubry, « Consommations émergentes : quels enjeux pour le droit de la consommation à l'échelle nationale et européenne ? », in D. Roux et L. Nabec (coord.), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, éd° EMS, coll. « Versus », p.37 et s., p. 43-44.

BIBLIOGRAPHIE

I. Dictionnaires

Académie française, *Dictionnaire de l'académie française*, <https://www.dictionnaire-academie.fr/article/A8S0207>

ARNAUD A.-J. (et alii), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris LGDJ, 2^e édition, 1993.

Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales (CNRTL), <https://www.cnrtl.fr/definition/sanction>.

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, Association Henri Capitant, PUF, coll. Quadrige, 13^e éd. MAJ, 2020.

Dictionnaire Larousse, <https://www.larousse.fr/dictionnaires/francais>

Dictionnaire Le Robert, <https://www.lerobert.com/>

Dictionnaire Littré, <https://www.littre.org/>

DIDEROT D. (mis en ordre et publié par), *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers. Tome quatorzième, Reggi-Sem*, Briasson Davis, Le Breton et Faulche, 1751-1765.

GIUDICELLI-DELAGÉ Geneviève, *Dictionnaire de sciences criminelles*, Dalloz, 2004.

II. Ouvrages généraux

AMRANI MEKKI S., STRICKLER Y., *Procédure civile*, PUF, 1^{re} éd., 2014, p.93, n°49

BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*, PUF, 1996, p. 339.

BEIGNIER B., BINET J.-R., THOMAT-RAYNAUD A.-L., *Introduction au droit*, LGDJ, coll. « Cours », 7^e éd., 2020

BENABENT A., *Droit des obligations*, LGDJ, Précis Domat, 19^e éd., 2021

BLAISE J.-B. et DESGORCES R., *Droit des affaires. Commerçants, concurrence, distribution*, LGDJ, coll. Manuel, 11^e éd., 2021, p. 521 et s., n°944 et s.

BONGERT Y., *Histoire du droit pénal – Cours de doctorat*, Éditions Panthéon Assas, 2012

BONIS-GARÇON E. et PELTIER V., *Droit de la peine*, LexisNexis, 3^e édition, 2019.

BOULOC B., *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 27^e édition, 2021.

BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V., *Droit civil. Les obligations*, Sirey, 17^e éd., 2020

CADIET L., NORMAND J. et AMRANI MEKKI S., *Théorie générale du procès*, 3^e éd. MAJ, PUF, coll Thémis, 2020

CALAIS-AULOY J., TEMPLE H. et DEPINCE M., *Droit de la consommation*, Dalloz, coll. Précis, 10^e éd., 2020.

CAPITANT H., TERRE Fr., LEQUETTE Y. et CHENEDE Fr., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, 13^e éd., 2015.

CARBASSE J.-M., *Histoire du droit pénal et de la Justice criminelle*, PUF, coll. « Droit fondamental », 2000, n°48.

CARBONNIER J., *Droit civil : les biens, les obligations*, PUF, 2004

CARBONNIER J., *Droit civil*, t. II, coll., PUF, coll. Quadrige, 2004.

- CARBONNIER J., *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 3^e éd., 2016.
- CARVAL S., VINEY G. et JOURDAIN P., *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, coll. *Traité de droit civil*, 4^e éd., 2017.
- CHAINAIS C., FERRAND Fr., MAYER L. et GUINCHARD S., *Procédure civile, Droit commun et spécial du procès civil, MARD et arbitrage*, Dalloz, Précis, 35^e éd., 2020
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, 7^e éd., 1993.
- CHAPUS R., *Droit administratif général*, Montchrestien, 7^e éd., 2001.
- CHEVREAU E., BOUGLE C. et MAUSEN Y., *Histoire du droit des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., coll. *Objectif droit cours*, 2011, p. 233.
- DECIMA O., DETRAZ St. et VERNY E., *Droit pénal général*, LGDJ, 4^e éd., 2020.
- DEROUSSIN D., *Histoire du droit des obligations*, Economica, 2007.
- DESPORTES Fr. et Le GUNEHEC Fr., *Droit pénal général*, Economica, 16^e éd., 2009, p.791, n°832.
- DREYER E., *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. *Manuels*, 6^e éd., 2021.
- FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 1 – Contrat et engagement unilatéral*, PUF, coll. *Thémis Droit*, 6^e éd., 2021.
- FAGES B., *Droit des obligations*, LGDJ, 11^e éd., 2021
- FENOUILLET D. (dir.), *Droit de la consommation. Droit interne et européen*, Dalloz, Dalloz action, 2020
- FERRIER D. et FERRIER N., *Droit de la distribution*, LexisNexis, 7^e édition, 2014.
- FRICERO N., (dir.), *Droit et pratique de la procédure civile*, Dalloz, coll. *Dalloz Action*, 10^e éd., 2021.
- GUINCHARD S., BUISSON J., *Procédure pénale*, LexisNexis, 13^e éd., 2020.

GUINCHARD S., CHAINAIS, S. DELICOSTOPOULOS C., S. DELICOSTOPOULOS I., DOUCHY-OUDOT M. *et al.*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès équitable*, Dalloz, Précis, 11^e éd., 2021.

GUINCHARD S., FERRAND F., CHAINAIS C., MAYER L., *Procédure Civile*, Dalloz, Coll. Hypercours, 7^e édition, 2021.

HERZOG-EVANS M., *Droit pénitentiaire*, Dalloz, Dalloz action, 3^e éd., 2019.

HOUTCIEFF D., *Droit des contrats*, Bruylant, coll. Paradigme, 6^e éd., 2021.

JULIEN J., *Droit de la consommation*, Collection Domat Droit privé, LGDJ, 2015.

LARROUMET Ch. et AYNÈS A., Introduction à l'étude du droit. *Traité de droit civil*, t. 1, Economica, 6^e éd., 2013.

LARROUMET Ch. et BROS S., *Les Obligations. Le contrat*, t. 3, Economica, coll. *Traité de droit civil*, 10^e éd., 2021

MAINGUY D. et RESPAUD J.-L., *Droit des obligations*, Ellipses, 2008, n°308.

MALAURIE Ph., AYNES L., STOFFEL-MUNCK Ph., *Droit des obligations*, LGDJ, Lextenso, coll. « *Droit civil* », 11^e éd., 2020.

MALAURIE-VIGNAL M., *Droit de la distribution*, Sirey, 4^e éd., 2017.

MALINVAUD Ph. et BALAT N., *Introduction à l'étude du droit*, Litec, 13^e édition, 2011.

MALINVAUD Ph., MEKKI M., SEUBE J.-B., *Droit des obligations*, LexisNexis, 21^e éd., 2021.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, Collection « *Droit fondamental* », PUF, 7^e édition MAJ, 2021.

MAZEAUD H. et L., MAZEAUD J., CHABAS Fr., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, préf. CAPITANT H., t. III, vol. 2, LGDJ, Lextenso éditions, coll. *Anthologie du Droit*, 2014.

MERLE R. et VITU A., *Traité de Droit criminel - Tome I*, Cujas, 7^e éd., 1997.

- PAISANT G., *Droit de la consommation*, PUF, coll. « Thémis droit », 2019.
- PELLIER J.-D., *Droit de la consommation*, Dalloz, 3^e éd., 2021.
- PICOD Y. et PICOD N., *Droit de la consommation*, Sirey, 5^e éd., 2021.
- PIEDELIEVRE St., *Droit de la consommation*, Economica, coll. « Corpus droit privé », 3^e éd., 2020.
- PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019
- RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 4^e éd, 2017.
- RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, Précis, 8^e éd., 2018.
- RASSAT M.-L., *Procédure pénale*, Ellipses, 3^e éd, 2017.
- RAYMOND G., *Droit de la consommation*, LexisNexis, 5^e éd, 2019.
- ROUSSEL G., ROUX-DEMARE Fr.-X., *Procédure pénale*, Vuibert, 11^e éd., 2020.
- STRICKLER Y. et VARNEK A., *Procédure civile*, Bruylant, Coll. « Paradigme », 11^e édition, 2021.
- TERRE Fr. et MOLFESSIS N., *Introduction générale au droit*, Dalloz, 13^e éd., 2021
- TULKENS F. et VAN de KERCHOVE M., *Introduction au droit pénal*, éd. Story-Sciention, Bruxelles, 1991.
- VERNY E., *Procédure pénale*, Dalloz, Coll. Le Cours Dalloz, 7^e éd., 2020.
- VINEY G., JOURDAIN P., CARVAL S., *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Traité de Droit civil (dir. J. GHESTIN), 4^e éd., 2017.
- VOGEL L., *Du droit commercial au droit économique*, *Traité de droit des affaires*, t. 1, LGDJ, 20^e éd., 2020.

III. Ouvrages spéciaux, monographies, thèses

ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 3^e éd., 1981 (1954).

ARCELIN LÉCUYER L. (dir.), *Le droit de la consommation après la loi du 17 mars 2014*, PUR, 2015.

ASSIER ANDRIEU L., *Le peuple et la loi*, LGDJ 1987.

ASUNCION PLANES (de la) K., *La réfaction du contrat*, préf. Y. PICOD, LGDJ, 2006.

ATTUEL-MENDES L., *Consentement et actes juridiques*, Litec, 2008.

AZAR-BAUD M.-J., *Les actions collectives en droit de la consommation. Etude en droit français et argentin à la lumière du droit comparé*, Dalloz, Coll. Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 121, 2013.

AZNAR Th., *La protection pénale du consentement donné par le consommateur*, thèse, Perpignan, 2017.

BADINTER R., *Présentation du projet du nouveau Code pénal*, Dalloz, 1988, p.16.

BALLEE-LONDICHE Fl., *Droit commun des contrats et dispositions protectrices*, Université Paul Cézanne – Aix-Marseille, 2008.

BAUDRILLAT J., *La société de consommation*, Folio, coll. Essais, 1986.

BEBIN X., *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, Collection « Logiques politiques », L'Harmattan, 2006.

BECCARIA C., *Des délits et des peines*, trad. MAURICE CHEVALIER, Préf. R. BADINTER, Flammarion, 1991 (1765).

BECHILLON (de) D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Editions Odile Jacob, 1997, p.61.

BENTHAM J., *Introduction aux principes de morale et de législation*, trad. M. BOZZO-REY et al. Paris, Vrin, 2011 (1780).

BENTHAM J., *Le panoptique*, Édition Mille et une nuits, Paris, 2002.

BETAÏLE J., CHOUKI D., COURTAIGNE-DESLANDES C., DEGUERGUE M., LANGELIER E. et A., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017.

BILLEMONT J., *La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage*, LGDJ Lextenso éditions, Bibliothèque de droit privé, t. 549, 2013.

BLAIS E. et PERRIN B. (dir.), *La lutte contre la criminalité économique : réponses interdisciplinaires à un défi global*, L'Harmattan, Schulthess éd. Romandes, 2010.

BOILEAU N., *L'art poétique*, 1674.

BONNARD H., *Les infractions intentionnelles et l'extension de la responsabilité pénale, notamment patronale, du fait d'autrui*, préf. G. LEVASSEUR, PUF, 1978.

BOURRIER Ch., *La faiblesse d'une partie au contrat*, Academia Bruylant, coll. Thèses de sciences humaines, n°12, 2003, p.226, n°207.

BOUZOL S., *La sécurité dans les contrats*, Université de Savoie, t. 1 et 2, 2003.

BREEN E., *Gouverner et punir*, PUF, coll. Les voies du droit, 2003.

BRENNER Cl. (dir.), *Le droit de l'exécution forcée : entre mythe et réalité*, éditions Juridiques et Techniques, coll. Droit et Procédures, 2007.

BRUCKNER P., *La tentation de l'innocence*, Le livre de poche, 1997.

BRUNET Fr., *La normativité en droit*, préf. E. PICARD, Mare & Martin, 2011.

CADIET L. (coord.), *Le droit contemporain des contrats*, préf. G. CORNU, Economica, 1987

CAFFIN-MOI, M., *Cession de droits sociaux et droits des contrats*, préf. D. BUREAU, thèse, Economica, coll. Recherches Juridiques, 2009.

CALS P.-A., « Donner sa chance au règlement amiable et à la négociation », *cal savocat.fr*, 2015.

CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, Bibliothèque de de droit privé, t. 250, 1995.

CAYROL N. (Dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016.

CEDRAS J., « Liberté, égalité, contrat, le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *Rapport 2003 Cour de cassation*, La Documentation française, 2004.

CHAABAN R., *La caducité des actes juridiques. Etude de droit civil*, LGDJ, Coll. Bibliothèque de droit privé, t. 445, 2006

CHAINAIS C. et FENOUILLET D. (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Collection L'esprit du droit, Dalloz, 2012.

CHANTEPIE G. et LATINA M., *Le nouveau droit des obligations. Commentaire théorique et pratique dans l'ordre du Code civil*, Dalloz, 2^e éd., 2018.

CHAPUT Y. (Dir.), *La sanction : la lecture des économistes et des juristes*, Collection « Droit et économie », Bruylant, 2011.

CHARPENEL Y., *L'ordre public judiciaire. La laque et le vernis*, Economica, coll. Ordre public, 2014.

CHAUDOUET S., *Le déséquilibre significatif*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 609, 2021.

CHILLON S., *Le droit communautaire de la consommation après les traités de Maastricht et d'Amsterdam*, Centre de droit de la consommation, coll. Droit et consommation, vol. 38, 1999.

CHONE A.-S., *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2010.

CLARET H., JOYE J.-Fr., LIMA MARQUES Cl. et PAISANT G., *Les rapports entre le droit de la protection des consommateurs et les autres branches du droit. Quelles articulations ? Quelles convergences ? Regards franco-brésiliens*, Presses universitaires Savoie Mont-Blanc, 2020

COLLART-DUTILLEUL Fr. et COULON C. (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007.

CONSEIL D'ÉTAT, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La Documentation française, coll. Droits et débats, n°13, 2015.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le juge administratif et les sanctions administratives, Les dossiers thématiques du Conseil d'État*, 2017.

- CONSEIL D'ÉTAT, *Les pouvoirs de l'administration dans le domaine des sanctions*, La documentation Française, coll. « Les Études du Conseil d'État », 1994.
- CONTE Ph., TZITIZIS, St., BERNARD G. (dir.), *La cohérence des châtements*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 10, 2012.
- CONTE Ph., TZITIZIS St., BERNARD G., « Préface », *Incriminer et protéger*, Dalloz, coll. Essais de philosophie pénale et de criminologie, 2014.
- CUSSON M., *Prévenir la délinquance. Les méthodes efficaces*, PUF, 2^e édition MAJ, 2009.
- DADOUN A., *Nullité du contrat et droit pénal*, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, t. 529, 2011.
- DANET J. (coord.), *La réponse pénale. Dix ans de traitement des délits*, PUR, coll. L'Univers des normes, 2013.
- DANET J., *Justice pénale, le tournant*, Folio, 2006.
- DEGOFFE M., *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Lavoisier 2000.
- DELMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger ? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p.18-25.
- DELMAS-MARTY M., *Grands systèmes de politique criminelle*, PUF, 1992.
- DELMAS-MARTY M., *Le flou du droit, Du Code pénal aux droits de l'homme*, PUF, 1986.
- DESDEVISES Y., *Le contrôle de l'intérêt légitime (Essai sur les limites de la distinction du droit et de l'action)*, Thèse dactyl., Nantes, 1973.
- DESHAYES O., GENICON Th. et LAITHIER Y.-M., *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, 2^e éd., 2018.
- DOUCHE-DOVETTE N., *La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation*, thèse, Université de Lorraine, 2012.
- DUBREUIL Ch.-A., *L'ordre public : actes du colloque, 15 et 16 décembre 2011*, éd. Cujas, 2013.

- DUCLOS Y., *La peine, miroir de la justice*, Montchrestien, coll. Clefs politiques, 2012.
- DUMONT M. (coord.), *Le droit pénal social et les contrats de travail spéciaux*, Larcier, 1997.
- FARJAT G., *L'ordre public économique*, thèse, Dijon, éd. 1963.
- FASSIN D., *Punir, une passion contemporaine*, Seuil, 2017.
- FAUCONNET P., *La responsabilité*, étude de sociologie, 2^e éd., Alcan, 1928, p.277.
- FERREIRA Ch., *Les pratiques commerciales déloyales à l'aune des droits anglo-américains : approche comparative*, thèse, Perpignan, 2015.
- FERREIRA V., *Essai sur l'intention coupable en droit pénal, Pour une théorie de l'intention dans l'action*, Thèse, dir. É. Verny, 2018.
- FLISE L. et JEULAND E., *Le procès est-il encore la chose des parties ? Actes des 5èmes rencontres de procédure civile*, IRJS Editions, coll. Bibliothèque de l'Institut de recherche juridique de la Sorbonne, t. 65, 2015.
- FONTAINE M., VINEY G. (dir.), *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles. Etudes de droit comparé*, Bruylant, Coll. Bibliothèque de la Faculté de Droit de l'Université de Louvain, 2001.
- FORTUNATO A., *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, thèse, Lille 2, 2016.
- FOUCAULT M., *Surveiller et Punir*, Gallimard, 2003 (1975).
- FOURNIER de CROUY N., *La faute lucrative*, thèse, Université Paris Descartes, 2015.
- GABORIAU B., *L'action collective en droit processuel français*, thèse dactyl., Paris II, 1996.
- GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*, Economica, coll. Recherches juridiques, 2006.
- GENICON Th., *La résolution du contrat pour inexécution*, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 484, 2007
- GOLDIE-GENICON Ch., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t. 509, 2009.

- GROULIER C., *L'état moralisateur. Regard interdisciplinaire sur les liens contemporains entre la morale et l'action publique*, postface de J. CHEVALLIER, Mare et Martin, coll. Droit et Science politique, 2014.
- GRUNVALD S. et DANET J., *La composition pénale. Une première évaluation*, L'Harmattan, Coll. « Bibliothèque de droit », 2004, p. 38 à 40.
- HAIK R., *Droit pénal des contrats*, thèse Univ. Paris XI, 2008.
- HERVIEU M., *Les autorités administratives indépendantes et le renouvellement du droit commun des contrats*, Dalloz, coll. Nouvelle Bibliothèque de Thèses, vol. 118, 2012.
- HOBBS Th., *Le Léviathan*, Folio, 2000 (1651).
- HOBBS Th., *Léviathan, Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la République ecclésiastique et civile*, Dalloz, 1999 (1971).
- HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*, PUAM, 2001, p.1000, n°1391.
- JAOUEN M., *La sanction prononcée par les parties au contrat. Etude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, préf. D. MAZEAUD, Economica, coll. Recherches juridiques, 2013.
- JAULT A., *La notion de peine privée*, préf. F. CHABAS, LGDJ, 2005.
- JAZOTTES G.(dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2007.
- JULLIOT de la MORANDIERE L., *De la règle « nulla poena sine lege »*, thèse Paris, 1910.
- KAMINSKI D. (dir.), *La flexibilité des sanctions, XXI^{es} journée juridiques J. DABIN*, Bruylant, 2012.
- KANT E., *Métaphysique des mœurs, doctrine du droit*, Paris, Librairie philosophique, Vrin, 2011, p. 214 et 215.
- LAFOND P.-C., *Le recours collectif comme voie d'accès à la justice pour les consommateurs*, éd. Thémis, Montréal, 1996.
- LATHIER Y.-M., *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, préf. Horatia Muir Watt, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 419, 2007.

- LAURENT Ph., *Contrat et droit pénal*, thèse, 2001.
- LAVAL Ch., BENTHAM J., *Le pouvoir des fictions*, PUF 1994.
- LE BESCOND DE COATPONT M., *La dépendance des distributeurs*, Université de Lille, 2015.
- Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur R. OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p.421.
- LECLERC J.-P., LEXCHEZ R., BOULOUIS N. (Supervision), *Guide de légistique*, legifrance.gouv.fr.
- LEWKOWICZ Gr. et XIFARAS M., *Repenser le contrat*, Dalloz, coll. Méthode du droit.
- LOCKE J., *Second Traité du Gouvernement civil*, PUF, 1994 (1690).
- LUCAS DE LEYSSAC C. et PARLEANI G., *Droit du marché*, coll. "Thémis- Droit privé", Paris, PUF, 2002
- LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits - Contribution à l'étude des sanctions civiles*, Éditions Panthéon-Assas, coll. Thèses, 2008.
- MACKAAY E. et ROUSSEAU St., *Analyse économique du droit*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2008.
- MAINGUY D., *L'action de groupe en droit français après la loi HAMON du 17 mars 2014*, Gazette du Palais et Lextenso éditions, 2014.
- MAITRE S. et BEBIN X., *Réformer la procédure pénale. Audition devant la Commission Léger*, Institut pour la Justice, 2009.
- MALAURIE Ph., *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé France, Angleterre, U.R.S.S.)*, préf. P. ESMEIN, éd. Matot-Braine Reims, 1953.
- MASCALA C. (prés.), *À propos de la sanction*, LGDJ, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2007.
- MAURIN L., *Contrat et droits fondamentaux*, préf. Emmanuel Putman, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 545, 2013.

- MAZABRAUD B., *La peine privée. Aspects de droit interne et international*, thèse, Paris II, 2006.
- MAZEAUD D., *La notion de clause pénale*, L.G.D.J., 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, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 411, 2004.
- Mélanges en l'honneur du professeur R. OTTENHOF, Le Champ pénal*, Dalloz, 2006.
- MOLIERE, *Les fourberies de Scapin*, Acte II, scène 5, Gallimard, Folio, n°3231, coll. « Classique, Les petits Molière », 2013 (1671).
- MONCUIT de BOISCUILLE (de) G., *La faute lucrative en droit de la concurrence*, Concurrences, 2020
- MORIN A., *L'action civile des associations de consommateurs*, sous la direction de D. TRICOT, INC, 1983.
- MORTIER R. et SERANDOUR Y. (dir.), *Le risque entrepreneurial*, LexisNexis, CDA de l'Université de Rennes 1, 2015.
- MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, Dalloz, rééd. 1991.
- MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967.
- MOUYSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, L.G.D.J., coll. Bibliothèque des sciences criminelles, t. 43, 2008.
- MUCCHIELLI L., *Sociologie de la délinquance*, Armand Colin, coll. « Coursus », 2014.
- NOBLOT C., *La qualité du contractant comme critère légal de protection. Essai de méthodologie législative*, Préf. de Fr. LABARTHE, Bibliothèque de droit privé, t. 382, LGDJ, 2009.
- OGUS A. et FAURE M., *Économie du droit : le cas français*, Éditions Panthéon-Assas, coll. « Droit comparé », 2002, p.129 et s.

OLLARD R., *La protection pénale du patrimoine*, préf. MALABAT V., Dalloz, Nouvelle bibliothèque de thèses, vol. 98, 2010.

OUERDANE-AUBERT de VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, vol. 19, 2002

PAISANT G., *Défense et illustration du droit de la consommation*, LexisNexis, 2015

PENIN O., *La distinction de la formation et de l'exécution du contrat. Contribution à l'étude du contrat acte de prévision*, préf. Y. Lequette, L.G.D.J., Lextenso éditions, coll. Bibliothèque de droit privé, tome 535, 2012.

PEYREFITTE A., *Les chevaux du lac Ladoga, La justice entre feu et glace*, Paris, Plon, 1981.

PICHERAL C. (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Nemesis, Anthemis, coll. Droit et justice, vol. 100, 2012.

PONCELA P. et LASCOUMES P., *Réforme ou reconstruction de l'ordre public ? La réforme du Code pénal de 1992*, Convention de recherche n°RE 95 22 de la mission de recherche Droit et justice, ministère de la Justice, 1998.

RACINE J.-B. (dir.), *Le droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux.*, LGDJ, 2020.

RASCHEL E., *La pénalisation des atteintes au consentement dans le champ contractuel*, LGDJ, Presses universitaires juridiques de Poitiers, 2014.

RASCHEL L., *Le droit processuel de la responsabilité civile*, thèse, IRJS Editions, t. 25, 2010

REVELS S., *Faute pénale et rupture du contrat de travail*, thèse, Caen, 2009.

REVET T. (dir.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 1996, p. 105.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, coll. Anthologie du droit, 2013

ROCHFELD J. et JEULAND E.(dir.), *Le droit des consommateurs et les procédures spécifiques en Europe*, Éditions juridiques et techniques, coll. Droit et Procédures, 2005.

- ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, Flammarion, 2011 (1762).
- ROUX D. et NABEC L., (coord.), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, éd. EMS management et société, coll. Versus, 2016.
- ROYER G., *L'efficience en droit pénal économique*, LGDJ, coll. « Droit et économie », 2009, p.155.
- SADI D., *Essai sur un critère de distinction des nullités en droit privé*, préf. Fr. LABARTHE, Mare et Martin, Droit privé et sciences criminelles, coll. Bibliothèque des thèses, 2015.
- SALEILLES R., *L'individualisation de la peine*, F. Alcan, 3^e éd., Paris, 1927.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., AUBERT de VINCELLES C., BRUNAUX G., USURIER L., *Les contrats de consommation : règles communes*, 2^e éd., 2018.
- SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, préf. J. GHESTIN, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit privé, 2000, t. 326.
- Section du rapport et des études du Conseil d'État, *Études et documents*, n°35, Imprimerie nationale, 1984.
- STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile, considérée dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, th., Paris, 1947.
- SUPIOT A., *Le juge et le droit du travail*, thèse, Bordeaux, 1979.
- TERRE F. (dir.), *Regards sur le droit*, Dalloz, 2010.
- Propos sur les obligations et quelques autres thèmes fondamentaux du droit. Mélanges offerts à Jean-Luc Aubert*, Dalloz, 2005.
- THIBIERGE C. et alii (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009.
- TRAVAUX DE L'ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le rôle du juge en présence des problèmes économiques (Journées de Paris et Montpellier)*, Dalloz, t. XXII, 1970.
- TZUTZUIANO C., *L'effectivité de la sanction pénale*, thèse, Université de Toulon, 2015

VOGEL L. et VOGEL J., *La rupture brutale de relations commerciales établies*, Laxwlex/Bruylant, 2016.

VOGEL L. et VOGEL J., *Traité de droit économique, Tome 2, Droit de la distribution, Droits européen et français*, Laxwlex/Bruylant, 2016

WESTER-OUISSE V., *Convention et juridiction pénale*, thèse dactyl., 1999

WIERSIORKA M. (dir.), *Mensonges et vérités*, Éd. Sciences Humaines, coll. Les entretiens d'Auxerre, 2016.

ZAMBRANO G.. *L'inefficacité de l'action civile en réparation des infractions au droit de la concurrence : Etude du contentieux français devant le Tribunal de Commerce*, Paris. Droit. Université de Montpellier 1, 2012, p.29.n°39.

IV. Articles, chapitres d'ouvrages collectifs

ALBIGES Ch., *Répertoire de droit civil*, v° « Équité civile », oct. 2017 (actualisation janv. 2019)

AMRANI-MEKKI S., « Le socle commun procédural de l'action de groupe de la loi de modernisation de la justice du XXI siècle. – A propos de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 », *JCP G* 2016, p.1340).

AMSELER P., « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », in Catherine THIBIERGE et al, *La force normative. Naissance d'un concept*, Bruylant, LGDJ, Lextenso éditions, 2009, p. 3 et s

ANCEL M., « Examen de conscience de la défense sociale », *rev. Sc. Crim.* 1978, p.949

ARCELIN L., « L'adaptabilité du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJCA* 2016, p.338.

ARCELIN L., « Les aspects procéduraux du contrôle. Des pratiques anticoncurrentielles en droit interne », in G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.145.

ARNAUD A.-J., « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », in C. THIBIERGE C. et al, *La force normative. Naissance d'un concept, op. cit.*, p. 14.

ARNAUD A.-J., « Entre modernité et mondialisation, Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État », *Dr. et société*, série Droit, n°20, 2004.

ATIAS Ch., « Les « risques et périls de l'exception d'inexécution (limites de la description normative » », *D.* 2003, p.1103.

AUBERT DE VINCELLES C. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Loi du 17 mars 2014 : nouvelles mesures protectrices du consommateur », *D.* 2014, p. 879.

AUBERT DE VINCELLES C., « Office du juge communautaire et national, et directive n°93/13/CE sur les clauses abusives », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1467

AUBERT DE VINCELLES C., « La mise en conformité du Code de la consommation au droit européen par la loi HAMON », *RDC* 2014, p.456.

AUBERT J.-L., note sous arrêt Civ. 1^{re}, 16 janvier 1985, *D.* 1985, p. 317.

AUBRY H., « Consommations émergentes : quels enjeux pour le droit de la consommation à l'échelle nationale et européenne ? », in ROUX D. et NABEC L. (coord.), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, éd° EMS, coll. « Versus », p.37 et s.

AUBRY H., POILLOT E. et SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Droit de la consommation janvier 2016 – décembre 2016 », *D.* 2017, p.539.

AUBY J.-M., « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952, chr. p. 111.

AUQUE F., « Ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats : impact sur les baux commerciaux », *AJDI* 2018, p.497.

AYNES A. et BRETZNER J.-D., « Droit de la preuve », *D.* 2020, p.170.

AYNES L., « Le contrat, loi des parties », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°17, Dossier : « loi et contrat », mars 2005.

AZAR-BAUD M. J., « En attendant un registre d'actions de groupe et autres actions collectives. Revue de presse », *JCP E*, n° 50, 13 Décembre 2018, 1637.

AZAR-BAUD M.-J., « De l'inaction aux actions de groupe : nouveaux enjeux », *D.* 2017, p.152.

AZAR-BAUD M.-J., « La mise en œuvre des droits des consommateurs : ce que l'action de groupe va changer », in *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, ROUX D. et NABEC L. (coord.), Éditions EMS, 2016, p.193 et s., spéc. p.195.

AZAR-BAUD M.-J., « La mise en œuvre des droits des consommateurs : ce que l'action de groupe va changer », in D. ROUX et L. NABEC (coord.), *Protection des consommateurs. Les nouveaux enjeux du consumérisme*, Éditions EMS, 2016, p.193 et s., spéc. p.195.

BAMDE A., « La notion d'ordre public », 24 février 2017 ». <https://aurelienbamde.com/2017/02/24/la-notion-dordre-public/>.

BARBE E., « La pénalisation à l'étranger », in *Pouvoirs*, n°128, 2008, p. 13 et s., p.21.

BARBIER H., « La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », *RTD civ.* 2016, p. 628.

BARDON G., « indemniser ou punir. Des dommages-intérêts et autres condamnations pécuniaires en matière de propriété intellectuelle », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016, p. 261.

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.

BAUDRAC M., « À propos de l'action exercée par le ministre de l'économie », *D.* 2008, p. 3046.

BAZIN E., « L'action en justice des associations de consommateurs, nouvel exemple de clémence de la jurisprudence civile », *D.* 2011, p.2910.

BEHAR-TOUCHAIS M., « 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

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002, n°232, p.36.

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive », *RDC*, p.536.

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile prévue à l'article L.442-6, III du Code de commerce est bien répressive », *Revue des contrats*, p.536

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile serait répressive mais échapperait aux règles protectrices du droit pénal pour la cour d'appel de Nîmes », *RDC* 2010, n°4, p.1331.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Le déséquilibre significatif dans le Code civil », *JCP G* 2016, act. 391.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Les sanctions des pratiques restrictives de concurrence : quels régimes ? », *Concurrences* 2011, p.38.

BEHAR-TOUCHAIS M., « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, p.523.

BÉLAVAL M-L. et SALOMON R., « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation. Chambre commerciale », *D.* 2008, p. 2749.

BERG-MOUSSA A., « La loi HAMON un an après : volet 2B », *Revue Lamy droit des affaires*, n°108, 1^{er} octobre 2015

BERG-MOUSSA A., « Le volet B2B de la loi HAMON : les modifications apportées à la réglementation des relations commerciales », *Contrats, conc. consom.* 2014, alerte 28.

BERNHEIM-DESVAUX S., « Amendes administratives prononcées par la DGCCRF et contrôle juridictionnel », *Contrats conc. consom.*, 2020, comm. 106.

BERNHEIM-DESVAUX S., « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation est publiée », *LEDC* 7 avril 2014, p.4.

BERNITZ, « Harmonisation et coordination de la législation du marché : la notion de droit des marchés », *RTD com.*, 1971, 1.

BEZIZ-AYACHE A., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, juin 2017 (actualisation oct. 2020), v° « Peines complémentaires »,

BIOY X., « Peine complémentaire obligatoire de fermeture de débit de boissons », *Constitutions* 2015, p. 593.

BLANC N., « Les sanctions en droit de la propriété intellectuelle. L'exemple de la contrefaçon : clair-obscur dans le droit des sanctions », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.299 et s..

BONIS-GARÇON E. et PELLETIER V., « Un an de droit de la peine. – (Janvier – décembre 2013) », *Dr. pén.* 2014, chron. n°3.

BONIS-GARÇON E. et PELTIER V., « Chronique de droit pénal et de procédure pénale », *Les nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel* 2014, n°45, p. 169.

BONNET B., « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in DUBREUIL Ch.-A. *L'ordre public : actes du colloque, 15 et 16 décembre 2011*, Ed. Cujas, 2013 pp.117-139.»

BORE L., « L'action en représentation conjointe : class action française ou action mort-née ? », *D.* 1995, p.267.

BORGHETTI J.-S., « Les sanctions en droit de la responsabilité civile. De la réparation sans sanction aux sanctions non réparatrices », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain, vol 1, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.257.

BOSCO D. « L'action du ministre de l'Economie en nullité des obligations, répétition de l'indu ou prononcé d'une amende civile ne suppose ni le consentement ni la présence des parties », *L'essentiel du droit des contrats* 2008, n°4, p.5.

BOSCO D., « Les clauses abusives entre professionnels : l'étonnante protection accordée par la loi LME », *LEDC*, 01 novembre 2008, n°5, p.1.

BOULOC B., « Le droit nouveau des incapacités commerciales », *Revue des sociétés* 2008, p.763.

BOURSIER M.-E., « Loi dite Sapin 2 : les professionnels de l'immobilier sont concernés », *JCP N* 2016, n°50, act. 1324.

BRETZNER J.-D. et BENDAVID M., « Analyse critique des dispositions relatives aux sanctions administratives », in Dossier « Loi HAMON : quel impact sur les contrats d'affaires ? », *AJCA* 2014, p. 19.

BRUNET Fr., *La normativité en droit*, préf. Etienne Picard, Mare & Martin, 2011, p.25.

BUY F., « Entre droit spécial et droit commun : l'article L.442-6, I, 2° du Code de commerce », *LPA*, 17 déc. 2008, 17 déc. 2008, n°252

BUY F., « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales » », *D.* 2019, p.1122.

CADORET V., GRANDMAIRE J., SERGENT F., TOUSSAINT-DAVID G. et SIMON F.-L., « Vade-mecum de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite "Loi HAMON" », *LPA* 2014, p. 4.

CALAIS-AULOY J. » Les directives européennes de la consommation et leurs problèmes d'incorporation en droit français: *Cahiers du CEFRES N° 27f, Le droit communautaire de la consommation et sa transposition dans les Etats membres et dans les pays candidats (les exemples français et*

tchèque), Cahiers du CEFRES, Centre Français de Recherche en Sciences Sociales (CEFRES), 2001, Le droit communautaire de la consommation et sa transposition dans les Etats membres et dans les pays candidats (les exemples français et tchèque), pp.7.

CALAIS-AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit civil des contrats », *RTD civ.* 1994, p. 239.

CALAIS-AULOY J., « Les actions en justice des associations de consommateurs (commentaire de la loi du 5 janvier 1988), *D.* 1988, chron. XXIX, p. 193.

CALAIS-AULOY J., « Les sanctions en droit de la consommation », *Mélanges Bernard Bouloc – Les droits et le droit*, Dalloz, 2007, p. 75 et s.

CALAIS-AULOY J., note sous arrêt Cass. civ. 1^{re}, 16 janvier 1985 : *JCP* 1985, II, 20484

CALS P.-A., « Donner sa chance au règlement amiable et à la négociation », *cal savocat.fr*, 2015.

CARBONNIER J., « La revanche de Lilliput », *Mélanges J. Vincent*, Dalloz 1981, p. 36.

CASADO A., « Les amendes administratives : un régime à construire », *Les Cahiers Sociaux*, n°287, p. 394.

CASSON Ph., *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° « Dommages et intérêts », février 2017 (actualisation : mai 2021).

CATTALANO G., « Intérêts collectifs des consommateurs : adoption de la directive (UE) 2020/1828 relative aux actions représentatives », *LEDC* janvier 2021, n°113q5, p.4.

CHAGNY M., *note*, *CCE* 2006, n° 83.

CHAGNY M., « Le contrôle des clauses abusives par le droit de la concurrence », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1642

CHAGNY M., « Le nouveau droit de la concurrence : quel impact sur les relations contractuelles ? », *Contrats Conc. Consom.*, n° 12, Décembre 2008, alerte 70

CHAGNY M., « Amende civile : La Cour de cassation affirme qu'une amende civile peut être prononcée à l'encontre d'une société ayant absorbé par voie de fusion l'auteur de pratiques contraires à l'article L. 442-6-I du code de commerce (Carrefour) », 21 janvier 2014, *Revue Concurrences*, n° 2-2014, Art. n° 65784, p.122.

CHAGNY M., « Dix ans de droit de la concurrence : rétrospectives et perspectives. Rapport introductif », *Contrats, conc., consom.* 2016, dossier 11.

CHAGNY M., « Droit des pratiques restrictives de concurrence et droit de la concurrence déloyale », *RTD com.* 2021, p.45

CHAGNY M., « Le droit (substantiel) des pratiques restrictives de concurrence s'invite dans la loi consommation (1^{re} partie)... », *RTD com.* 2014, p.67.

CHAINAIS C. et FENOUILLET D., « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique. Présentation et conclusions de la recherche collective », in C. CHAINAIS et D. FENOUILLET (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Volume 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p.XIII.

CHAMPAUD C., *Manifeste pour la doctrine de l'entreprise – Sortir de la crise du financialisme*, Bruxelles, Larcier, 2011.

CHAMPAUD Cl. et Danet D., « Loi de modernisation de l'économie dite LME, *RTD com.* 2009, p.147

CHAPUT Y., « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », in *La pénalisation*, Pouvoirs, n°128, 2009 p. 87 et s.

CHENEDE Fr., « L'achèvement de la réforme du droit des contrats et des obligations : la ratification et la modification de l'ordonnance du 10 février 2016 », *AJ Famille* 2018, p.258.

CHEVRIER E. « Absence de caractère répressif de l'amende prononcée en vertu de l'article L.442-6 du code de commerce », *D. act.* 6 avril 2010.

CHEVRIER E., « La personnalité des peines exclue du droit économique », *D. actualité*, 3 février 2014.

CHEVRIER E., « Modernisation de l'économie : droit de la consommation (Sénat) », *D. act.* 08 juillet 2008.

CIMAMONTI S., « L'ordre public et le droit pénal », in *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, 1996, p. 100.

CLARET H. et PAISANT G., « La nouvelle codification administrative du droit de la consommation par l'ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016, doct. 796.

CLARET H., « La loyauté des pratiques commerciales à l'égard des consommateurs. – Plaidoyer pour une refonte », *Contrats, conc. consom.* 2010, étude 1.

CLAVERIE-ROUSSET Ch., « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16

COLLART-DUTILLEUL Fr., « Propos conclusifs », in Fr. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p.147.

CONSEIL D'ÉTAT, *Le juge administratif et les sanctions administratives*, Les dossiers thématiques du Conseil d'État, 9 janvier 2017.

CONSTANTIN L., « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors-jeu ? », *AJCA* 2014, p.41.

CONSTANTIN L., « Rupture brutale des relations commerciales : précisions sur le régime

de l'amende civile – Cour d'appel de Paris 3 décembre 2014 » – *AJCA* 2015, p. 229.

CONTE Ph., « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* 2006, étude 4.

CONTE Ph., « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives (Loi n°2008-3 du 3 janvier 2008) », *Dr. pén.* 2008, étude 3.

CONTIS N. et SESEKE Ch., « La « class action », un débat européen, l'exemple allemand », *Les Echos*, 19 juin 2008

Contrats conc. consom. 2006, n° 9, obs. Malaurie-Vignal

CORGAS-BERNARD Ch., « La compétence élargie des associations de consommateurs », obs. sous Civ. 1^{re}, 25 mars 2010, *JCP* 2010, Actu. 374.

CORNU G., « De l'énormité des peines stipulées en cas d'inexécution partielle du contrat de crédit-bail », *RTD civ.* 1971. p.167.

COULON C., « Avant-Propos », in Fr. COLLART-DUTILLEUL et C. COULON (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*, Economica, coll. Etudes juridiques, 2007, p.1.

COULON J.-M., « Les nouveaux champs de pénalisation, excès et lacunes », in *Pouvoirs*, n°128, 2008, p. 5 et s.

CRUCIS H.-M. et TESTARD Ch., *Jurisqueur administratif*, « Fasc. 108-40 : Sanctions administratives », 29 oct. 2019 (MAJ sept. 2020).

DALEAU J., « La loi de modernisation de l'économie : quel impact sur les relations commerciales ? », *D. actualité*, 29 août 2008 ;

DANTI-JUAN M., « Le consentement et la sanction », in *La sanction du droit - Mélanges offerts à P. COUVRAT*, Paris, P.U.F., 2001, p. 367.

DARSONVILLE A., « Ordre public et droit pénal », in *L'ordre public*, (dir. Ch.-A. Dubreuil, Cujas, Coll. « Actes et études », 2013, p. 287 et s.

DASSA-LE DREIST D., « Cui bono ? A qui profite le crime ? », in Dossier « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133.

DE CASTELNAU R., « Le droit saisi par l'exigence de vérité », in M. WIERVIORKA (dir.), *Mensonges et vérités*, Éd. Sciences Humaines, coll. Les entretiens d'Auxerre 2016, p.51.

DECOCQ G., « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E*, chronique n° 30, 23 Juillet 2009, 1739.

DEGNI-SEGUI R., « L'accès à la justice et ses obstacles », *Verfassung und Recht in Übersee / Law and Politics in Africa, Asia and Latin America*, vol 28, n°4, 1995, pp. 449-467.

DEGOFFE M., « Actualité de la sanction non pénale », *LPA* 2003, n°47, p.4.

DEGOFFE M., « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel » in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003*, L'Harmattan, p.47 et s., spéc. P.51

DEGUERGUE M., « Chapitre XIII. Santé », in BETAILLE J., CHOUKI D., COURTAIGNE-DESLANDES C., DEGUERGUE M., LANGELIER E. et A., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017, p.285.

DELEBECQUE P., *JCL Responsabilité civile et assurances, fasc. 212, Modalités de la réparation, Règles particulières à la responsabilité contractuelle. Clause pénale*, n°94, p.15.

DELEBECQUE P., « Que reste-t-il du principe de validité des clauses de responsabilité ? » *D. affaires* 1997. 235.

DELMAS SAINT-HILAIRE J-P., « Les principes de la légalité des délits et des peines, réflexions sur la notion de la loi dans la Constitution sur la Ve République », *JCP* 1959, I, 1470

DELMAS-MARTY M., « Les problèmes juridiques et pratiques par la différence entre le droit criminel et le droit administratif pénal », *RID Pénal* 1988, p. 34

DELPECH X., « Association de consommateurs : action en cessation d'agissements illicites », Note sous arrêt, *D.* 2010, p.1842.

DELPECH X., « Deux nouveaux avis de la Commission d'examen des pratiques commerciales », *AJCA* 2016, p.264.

DELPECH X., « LME : modification du régime des incapacités d'exercer le commerce », *D.* 2008, p.2132.

DELPECH X., « LME : renforcement du mécanisme de lutte contre les clauses abusives », *D.* 2008, p.2220

DELVOLVE P., « La justice hors du juge », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 1984, n° 4, p. 15.

DEPINCE M., « L'une des premières applications du pouvoir d'injonction de la DGCCRF », <http://www.malodepince.com/2016/02/l-une-des-premieres-applications-du-pouvoir-d-injonction-de-la-dgccrf.html>, 10 FEVRIER 2016.

DERVIEUX V.-O., « “Name and Shame” : publication et affichage, l'impossible droit à l'oubli ? », *Gaz. Pal.* 2016, p.29.

DETRAZ S., « La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle », *RSC* 2008, p. 41.

DETRAZ S., « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », in Dossier : « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133.

DETRAZ S., « Les pouvoirs de l'administration chargée de la consommation et de la

concurrence et les sanctions », *LPA* 27 juin 2014, p. 22 et s.

DETRAZ St., « Le profit présumé délictueux en droit pénal de fond », in Dossier « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133.

DEVREAU C., « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.* 2011.279.

DGCCRF, *Présentation de la DGCCRF*, <https://www.economie.gouv.fr/files/2021-06/Presentation-de-la-dgccrf.pdf>, 2021.

DONDERO Br. (dir.), « La réforme du droit des contrats - Ordonnance n°2016-131 du 10 février 2016 », *JCP E* 2016, p.1283

DOUTEAUD S., « Le contenu législatif de l'ordre public », *RDC* 2020, p.144.

DRAGO G., « Avant-Propos », in *L'ordre public, Rapport 2013 de la Cour de cassation*, La documentation française, 2014, p.91.

DREYER E., « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008, I, 201.

DREYER E., « La sécurité juridique et le droit pénal économique », *Dr. pén.* 2006, étude 20.

DREYER E., « Le ministère public peut-il requérir des sanctions non pénales devant une juridiction répressive ? », *JCP G* 2013, p.144.

DREYER E., « Le profit tiré de l'infraction », in Dossier : « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133, p.5.

DREYER E., « Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », in Dossier : « Le profit tiré de l'infraction », *Gaz. Pal.* 2014, n°133.

DROSS W., « l'exception d'inexécution : essai de généralisation », *RTD civ.* 2014, p.1

DUCOULOUX-FAVARD C., « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 16 mars 2004, n°54, p.3.

DUFOUR O., « Ne bis in idem : le grand chambardement », *LPA* 27 mai 2015, p.4.

DUPONT N., « L'interdiction de se contredire au détriment d'autrui en procédure civile française », *RTD civ.* 2010. 459, spéc., n° 3

FABRE-MAGNAN M., *JCP G* 2016, n°706, obs.

FARJAT G., *L'ordre public économique*, in *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 19 n°2, Avril-juin 1967. p. 520.

FENOUILLET D., « Clauses abusives », *RDC*, 01 octobre 2009, n°4, p. 1442 ;

FOURGOUX J.-Cl., « L'influence du droit communautaire sur l'existence des infractions en droit pénal économique », in *Le champ pénal. Mélanges en l'honneur du professeur R. OTTENHOF*, Dalloz, 2006, p.421.

FOURGOUX J.-L., « Pratiques restrictives de concurrence », *Chroniques, Concurrences*, p.119 et s.

FRANCK J. et GOYENS : « L'action en cessation des organisations de consommateurs à l'épreuve du marché unique, *RED consom.* 1995, p.27.

FRANCK J., « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », in *Études de droit de la consommation – Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*, Dalloz, 2004, p.409..

FRISON-ROCHE M.-A., « Le modèle du marché », *Arch. phil. dr.*, t. 40, Sirey, p.286.

GENCY-TANDONNET D., « La double vocation, consumériste et régulatrice, de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, en droit des transports », *D.* 2014, p. 1293.

GENICON Th., « Défense et illustration de la cause en droit des contrats. À propos du projet de réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations », *D.* 2015, p.1551.

GOSSELIN Ph. et VICHNIEVSKY L., Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe, Assemblée nationale, 11 juin 2020.

GRAËVE (de) L., « La notion de sanction pénale en droit interne », in *La sanction* [finir réf], p.65.

GREAU F., *Répertoire de droit civil*, v° « Intérêts de sommes d'argent », Dalloz, oct. 2016 (actualisation oct. 2021).

GRISEL G., « La sanction administrative », *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003*, L'Harmattan, p.191 et s.

GUERIN S. et GENTY N., « L'exception d'inexécution et les différentes formes de résolution du contrat », *AJ contrat* 2017, p.17

GUYOMAR M., in *La sanction, regards croisés (...), op. cit.*, sp. p.118

HAMELIN J.-F., « le caractère judiciaire de la nullité à l'heure de la réforme du droit des contrats », *LPA* 9 déc. 2014, n°245.

HAYAT J.-M. (Interview de) « Le plaider-coupable : une révolution culturelle ? », 2015, p. 672 ; HAMELLE A., « Plaidoyer pour une extension du « plaider-coupable », *L'Opinion*, 2 février 2015.

HERRERO O., « Dieselgate : une action de groupe lancée contre Volkswagen en France », *Capital*, 12 novembre 2020.

HOMOBON N., « DGCCRF, Introduction au colloque organisé par la DGCCRF le 16 juin 2016 au ministère des finances », *Efficacité et/ou équité des sanctions administratives en droit de la concurrence ?*, 2016.

<http://pierre-victortournier.blogspot.fr/>

<http://www.anfp.org>

<http://www.apcars.fr/>.

<http://www.justice.gouv.fr/prison-et-reinsertion-10036/les-chiffres-clefs-10041/statistiques-mensuelles-de-la-population-detenu-e-et-ecrouee-31234.html>.

<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/1er-decembre-2005-entente-sur-le-marche-de-la-telephonie-mobile>

<https://www.autoritedelaconurrence.fr/fr/communiqués-de-presse/21-septembre-2006-action-collective-des-consommateurs-en-matiere-de>, 21 sept. 2006.

<https://www.capital.fr/entreprises-marches/scandale-des-lasagnes-au-cheval-verdict-aujourd'hui-dans-l'affaire-sphanbero-1335339>.

https://www.lemonde.fr/sante/article/2019/01/21/le-proces-du-scandale-de-la-viande-de-cheval-dans-les-plats-pur-b-uf-s-ouvre-a-paris_5412262_1651302.html

<https://www.observatoireactionsdegroupe.fr/actions-collectives/actions-en-repr%C3%A9sentation-conjointe/>

ROBERT J.-H., « Juridictionnalisation administrative », *Dr. pénal* 2014, comm. 93.

Delarue J.-M., « Première table ronde – la sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – convergences et spécificités », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, coll. « Droits et débats », 2014, p. 49 et s.

JAMIN Ch., « La réticence dolosive, l'obligation d'information et la bonne foi dans la formation du contrat », *JCP G* 2001, II, 10510

JAMIN Ch., « Le renouveau des sanctions contractuelles : pot-pourri introductif », in *Le renouveau des sanctions contractuelles*, *op. cit.*, p.147.

JAMIN Ch., « Plaidoyer pour le solidarisme contractuel », in *Études Ghestin*, LGDJ, 2001, p. 441 et s

JAVAUX B., « L'amende civile, entre sanction pénale et *punitive damages* ? », *JCP* 2019, p.276.

JAZOTTES G., « Propos introductifs », in G. JAZOTTES (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2007, p.3.

JESCHECK, « La crise de la politique criminelle », *RSC* 1980, n°4, p.15 et s

JOBIN G., « Les dommages punitifs en droit québécois », in *Liber amicorum J. CALAIS-AULOY*. Etudes de droit de la consommation, Dalloz, 2004, p. 536 et s

JOURDAIN P., « À la recherche de la réfaction du contrat, sanction méconnue de l'inexécution », *Libre Droit. Mél. Ph. LE TOURNEAU*, Dalloz, 2007, p. 448 s.

JOURDAIN P., « Les dommages-intérêts alloués par le juge. Rapport français » in M. FONTAINE et G. VINEY, dir., *les sanctions de l'inexécution des obligations contractuelles*. Etudes de droit comparé, Bruylant, 2001, p.286.

JOURDAIN P., « La réparation des dommages immobiliers et l'enrichissement de la victime », *RDI* 1995, p.51.

JULIEN J., « Présentation de la loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation », *Contrats, conc. consom.* 2014, dossier n°2.

KEBIR M., « Action de groupe : étendue du pouvoir de vérification du juge de la mise en état », *D. actualité*, 16 juill. 2018

LACROIX M., « Regards québécois », in Bl. MALLET-BRICOUT (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2018, p.79.

LARDEUX Gw., *Répertoire de droit civil*, Dalloz, v° « Preuve : règles de preuve – Les principes fondamentaux », Octobre 2018 (actualisation : Octobre 2021).

LASSALLE J.-Y., « Amende pénale – Jour-amende », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, avril 2016.

LASSALLE J.-Y., *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, v° « Amende pénale - Jour-amende », avril 2016 (actualisation Juillet 2019).

LASSERRE CAPDEVILLE J., « Nouvelles précisions sur le régime de l'article L.137-2 du Code de la consommation », *JCP G* 2015, act. 393.

LASSERRE-CAPDEVILLE J., « Evolution légale de l'interdiction de gérer », *Bulletin Joly Entreprises en difficulté* 2016, p.75

LATINA M., « Le principe *Non bis in idem* ne s'applique pas au cumul de sanctions pénales et disciplinaires », *Deffrénois* 2016, p. 703.

LAZERGES C., « L'électronique au service de la politique criminelle : du placement sous surveillance électronique statique (PSE) au placement sous surveillance électronique mobile (PSEM) », *Rev. Sc. Crim.*, n°1 mars 2006.

LE CANU P. et DONDERO B., Loi de modernisation de l'économie n°2008-776 du 4 août 2008, *RTD com.* 2008, p.784

LE GUNEHEC R., « Confidentialité des procédures de prévention des difficultés des entreprises : le droit à l'information malmené », *Légipresse* 2019, p.474.

LE MESLE L., « Première table ronde. La sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités - : convergences et spécificités », Actes, *in* Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, 2015, p.45 et s., sp. p.50.

LEGAL, « Les garanties d'indemnisation de la victime d'une infraction », *Mélanges HUGUENEY*, SIREY, 1964, p.35 et s.

LEMASSON L., « La prison est-elle l'école du crime ? », *Institut pour la Justice*, Notes et synthèses, n°37, 2016.

LEMOINE P., « La loyauté de la preuve (à travers quelques arrêts récents de la chambre criminelle) », *in* *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004

LEMOULAND J.-J. et PIETTE G., *Répertoire de droit civil*, v° « Ordre public et bonnes mœurs », sept. 2019.

LEPAGE A., « 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, vol 1, La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 95.

LEPAGE A., « Un an de droit pénal de la consommation (mars 2007-avril 2008) », *Dr. pén.* 2008, chron. 4.

LERNELL L., « Certains aspects philosophiques et sociologiques du problème des peines pécuniaires », *RSC* 1978, p.487 et s.

LERNELL L., « Réflexions sur l'efficacité de la peine privative de liberté », *in* *Mélanges GRAVEN*, p.91.

LEROY Y., « La notion d'effectivité du droit », *Droit et Société* 2011/3, n°79, p.715.

LEVENEUR L., « Contrats – Loi de ratification de l'ordonnance de la réforme du droit des contrats et des obligations ; des ajustements certes importants, mais pas de bouleversement », *Contrats, conc. Consom.*, 2018, étude n°1 ;

LEVENEUR L., « L'élément intentionnel est toujours une composante du dol », *Contrats, conc. consom.* 2011, comm. 208.

LEVENEUR L., BALLONE-BURINI L., BAUMGARTNER F., GENICON Th., PEGLION-ZIKA C.-M. et POULET L., « Table ronde : Les défis du droit des contrats », *Contrats Conc. Consom.*, 2020, dossier 12.

LEVY Th., « Y a-t-il encore une place pour la responsabilité pénale ? », *in* *Pouvoirs*, n°128,

2008, p. 43 et s, p.43.

LORRAIN R., « Le plaider-coupable : une révolution textuelle ? », *Dalloz actualité*, 24 avril 2015.

M.-T. VIEL, « Errements des sanctions administratives », *AJDA* 2007, p.1006.

MALABAT V., « Les sanctions en droit pénal », in CHAINAIS C. et FENOUILLET D. (dir.), *Les sanctions en droit contemporain. Vol. 1. La sanction, entre technique et politique*, Dalloz, 2012, p. 69.

MALLET-BRICOUD Bl., « Préface », in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, 2007, p.5.

MALLET-BRICOUD Bl., « La fonction de sanction de la responsabilité civile », in Chr. LARROUMET (dir), *La responsabilité civile- Questions actuelles*, éd. Panthéon-Assas, coll. Colloques, 2018, p. 139, sp. p. 156.

MALLET-BRICOUD Bl., *RTD civ.* 2016, p.463, obs.

MALAURIE P., « Rapport de synthèse », in T. REVET (dir.), *L'ordre public à la fin du XXe siècle*, Dalloz, coll. Thèmes & commentaires, 1996, p. 105.

MARCOU G., « Chapitre III. Modes de répression et action administrative », in BETAILLE J., CHOUKI D., COURTAIGNE-DESLANDES C., DEGUERGUE M., LANGELIER E., et al.. *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017, sp. p.79

MARTIN A.-C. et PIHERY R., « Fasc. 720. Pratiques restrictives de concurrence. – Procédures de contrôle et de sanction », *Jurisclasseur Concurrence – Consommation*, 11 janv. 2018, n°30.

MASCALA C., « La banqueroute : préserver l'entreprise contre l'entrepreneur ? », *Dr. pén.* 2009, étude 20.

MASCALA C., « La recherche de l'efficacité du droit pénal des affaires », in JAZOTTES G. (dir.), *La modernisation du droit des affaires*, LexisNexis, coll. Colloques et débats, p.112.

MATHEY N., « Pratiques restrictives de concurrence – Rupture brutale : recours du ministre et amende civile », *Contrats conc. consom.* 2016, comm. 255.

MAYAUD Y., « L'action civile sauvegardée. À propos de la loi n° 88-14 du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agréées de consommateurs et à l'information des consommateurs », in *Mélanges offerts à A. CHAVANNE. Droit pénal et propriété industrielle*, Paris, Litec, 1990, p. 135-148.

MAZEAUD D., « La réfaction unilatérale du contrat, sanction originale et générale de l'inexécution du contrat ? », *Mélanges M. GERMAIN*, LexisNexis, 2015

MAZEAUD D., « Droit pénal et droit des contrats (les liaisons fructueuses), in *Droit pénal et autres branches du droit – Regards croisés*, Cujas, 2012, p.101 et s.

MAZEAUD D., « L'exécution forcée en nature dans la réforme du droit des contrats », *D.* 2016, p.2477.

MAZEAUD D., « Les clauses limitatives de réparation », in *Les obligations en droit français et en droit belge. Convergences et divergences*, 1994, Bruylant-Dalloz, p. 155, spéc. p. 165

MAZEAUD D., « Les sanctions en droit des contrats. Brèves réflexions sur quelques tendances lourdes... », in *Les sanctions en droit contemporain. (...), op. cit.*, p. 237 et s., sp. n°8 et n°11.

MAZEAUD D., « 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, p. 251.

MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *Études Terré*, Dalloz, PUF, Jurisclasseur, 1999

MAZEAUD D., « Rapport introductif », in C. AUBERT DE VINCELLES et N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *Les 20 ans du Code de la Consommation*, Université de Cergy-Pontoise/LEJEP, 2013.

MAZEAUD D., note sous cass. Civ. 3^e, 26 mai 1992, *Gaz. Pal.* 1993, 2, p.427

MAZEAUD D. *Gaz. Pal.* 2016, p.209, obs.

MÉADEL J., « Faut-il introduire la faute lucrative en droit français ? », *LPA* 2007, n°77, p.6.

MEKKI M., « Fiche pratique : l'exécution forcée « en nature », sauf si... », *Gaz. Pal.* 5 juill. 2016, p. 16.

MEKKI M., « L'ordonnance n°2016-1341 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Le volet régime des obligations et de la preuve : parfaire un peu et refaire beaucoup », *D.* 2016, p.608

MEKKI M., « La loi de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016 – Une réforme de la réforme ? », *D.* 2018, p. 900 ;

MEKKI M. *Gaz. Pal.*, 2016, p.109, obs.

MERINO M., « Inconstitutionnalité du pouvoir de sanction de l'obstruction aux enquêtes de l'Autorité de la concurrence », *AJDA* 2021. 1509

MÉSA R., « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012, p. 2754.

MÉSA R., « Sanction pénale et amende civile encourues pour un même fait : non à « non bis

in idem » », *Gaz. Pal.* 2015, n°290, p.14.

MESTRE J., *AJCA* 2016, p.105.

METAIS Ph. et Madame VALETTE E. (« La directive actions représentatives : un nouvel élan pour les actions de groupe ? », *D. actualité* 2020, 16 déc. 2020

MICHEL S., « L'effectivité de la directive n°2014/67/UE par le prisme de ses acteurs », in « Dossier sur la Directive détachement », *Revue de l'Union européenne* 2016, p. 90.

MIGNOT M., « Commentaire article par article de l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations (I) », *LPA* 2016, n°41, p.8.

MILLY B., « La prison, école de quoi ? Un regard sociologique », *Pouvoirs*, vol. 135, n°4, 2010, pp. 135-147

MINCKE Ch., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », *R.I.E.J.* 1998, n°40, p. 115 et s.

MINISTERE DE L'AGRICULTURE, « Foire aux questions sur la transparence des contrôles en restauration commerciale », <http://www.agriculture.gouv.fr>, 29 juin 2015.

MINISTERE de l'ECONOMIE, Communiqué de presse, « L'action de groupe a un an : un dispositif qui a déjà fait ses preuves », 1^{er} octobre 2015, <https://www.economie.gouv.fr/action-groupe-procedure-indemnisation-dossiers>

MITCHELL M.-C. et FOURNIER Ph., « Les pratiques restrictives dans la loi Hamon. Clarification et simplification ou complexification et aggravation des sanctions ? », *Contrats, conc., consom.* 2015, Dossier 6.

MONTECLER (de) M.-Ch., « Création de sanctions administratives en matière de consommation », *AJDA* 2014, p. 384.

MORAND Ch-A., « La sanction », in *Vocabulaire fondamental du droit, Archives de philosophie du droit*, t. 35, 1990, p. 293 et s.

MOTULSKY H., « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle : le respect des droits de la défense en procédure civile », in CORNU G. et FOYER J. (préf.), *Écrits, Études et notes de procédure civile*, Dalloz, 1973, p.60 et s

Note sous arrêt, « Action du ministre de l'économie (amende civile) : constitutionnalité du régime. Décision rendue par le Conseil constitutionnel », *D.* 2016, p.1076

Note sous arrêt, « Condamnation d'une société pour des faits commis par une autre dont elle a recueilli le patrimoine : c'est possible », *F. LEFEBVRE*, 14 janv. 2020 : <https://www.effl.fr/actualite/condamnation-societe-faits-commis-dont-recueilli-patrimoine->

possible_f41eb68d0-1cd7-4cc2-8e55-afe27a9975c1

Note sous arrêt, *D.* 2002, p. 484 (CA Nancy, 06 sept. 2001).

NOTTÉ G., « Projet de loi relatif à la consommation », *JCP G* 2013, n°21.

OPHELE C., « Dommages-intérêts et clause pénale », in N. Cayrol (Dir.), « La notion de dommages-intérêts », Dalloz, 2016, p. 313 et s.

OPPETT Br., « Droit et économie », *Arch. philo. dr.* 1992, p.17.

PAGOT A., « L'amende de l'article L.442-6, III du Code de commerce », *www.lexcellis-avocats.fr*, 5 avril 2010.

PAILLER L., « Les conventions sur les présomptions », *AJ contrat* 2019, p.378.

PAISANT G., « Dix ans d'application de la réforme des articles 1152 et 1231 du code civil relative à la clause pénale [L. du 9 juill. 1975] », *RTD civ.* 1985, p. 647

PÉRÈS C., « Les pratiques commerciales trompeuses sur les sources des contrats », *RDC* 2008, 1083.

PERROUD Th., « Chapitre VIII. Royaume-Uni », in BETAILLE J., CHOUKI D., COURTAINGE-DESLANDES C., DESGUERGUE M., LANGELIER E., et al., *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice, 2017, p.136 et s., sp. 162 et s.

PÉTEL Ph., « Redressement et liquidation judiciaires des entreprises », *JCP E* 1999, p.1529.

PETIT J., « Première table ronde – la sanction pénale et la sanction administrative – définitions, contenu et finalités – convergences et spécificités », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, coll. « Droits et débats », 2014, p. 51.

PICOD Y., « Rapport de synthèse », *LPA* 27 juin 2014, p.36.

PICOD Y., *Répertoire droit civil*, Dalloz, 2019 (actualisation mars 2021), v° « Nullité ».

PIGNARRE G., « Et si on l'on parlait de l'ordre public (contractuel) ? », *RDC* 2013, p.251.

PIMONT S., *Répertoire de droit civil*, Dalloz, avril 2010 (actualisation sept. 2019), v° « Clause pénale », n°1

PLANKENSTEINER M. et CRÉQUER E., « Les relations commerciales après la loi du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques », *LPA* 04 nov. 2015, p.4.

PLATON S., « Chronique de jurisprudence de droit administratif européen (année 2014) », *Droit administratif* 2015, p. 5.

POISSONNIER G., « Mode d'emploi du relevé d'office en droit de la consommation », *Contrats conc. consom.*, 2010, étude 5.

POLLAUD-DULIAN F., *RTD com.* 2011, 115, note sous TGI Paris, 8 juin 2010.

PORCHY-SIMON St., « La réparation du préjudice moral : quelles limites ? », in Bl. MALLET-BRICOUD (dir.), *Vers une réforme de la responsabilité française. Regards croisés franco-québécois*, Dalloz, coll. Actes, 2018, p. 109.

PRAIRAT E., « Penser la sanction », in *Revue française de pédagogie*, volume 127, 1999. Approches cliniques d'inspiration psychanalytique, pp. 107-117.

PUTMAN E., « La Loi du 5 janvier 1988 sur l'action en justice des associations agréées de consommateurs », *RRJ, Droit prospectif*, PUAM, 1988-2, p.341 et s.

RACINE J.-B., « Introduction », in J.-B. Racine (dir.), *Le droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux.*, LGDJ, 2020, p.9 et s.

RASCHEL E., « Nouvel épisode dans l'application de la règle ne bis in idem en droit français : l'autorisation du cumul des sanctions pénales et disciplinaires », *Gaz. Pal.* 2015, n°150, p.14.

RASCHEL L., « L'option de la victime entre la voie civile et la voie pénale », *Resp. civ. et assur.* 2013, dossier 24 ;

RAYMOND G., « Le distributeur, en l'état, d'un produit fabriqué par un opérateur établi dans un autre État membre peut être déclaré responsable des infractions aux règles de l'étiquetage de ce produit », *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. 85.

RAYMOND G., « 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 », *JCP E* 2008, 1383.

RDLC 2006, n° 1, p. 129 et 131, obs. Claudel

REBUT D., « Justice pénale et justice civile. Evolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs*, n°128 - La pénalisation - janvier 2009 - p.49-59.

REMY Ph., « La genèse du solidarisme », in *Le solidarisme contractuel, mythe ou réalité*, mai 2003, p. 3 et s.

REP. MIN. n°38849, *JOANQ* 10 juin 2014, p. 4696

REVET Th., « Regards d'un civiliste sur le droit pénal des biens », in *Droit pénal et autres branches du droit* – Regards croisés, Cujas, 2012, p.29 et s.

RIAS N., « L'amende civile : une fausse bonne idée ? – À propos de l'avant-projet de loi portant réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016, p. 2072.

RICHARD M.-S., « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs

en matière de crédit », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2004, études diverses.

RIPERT G., « L'ordre économique et la liberté contractuelle », *Mélanges Gény*, 1934, t. II, p.374.

RIVERO J., « Sanction juridictionnelle et règle de droit », in *Etudes juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 457

ROBERT J.-H., « Juridictionnalisation administrative », *Dr. pénal* 2014, comm. 93.

ROBERT J.-H., « Rien, en jurisprudence, n'est jamais acquis », *Dr. pén.* 2010, comm. 41.

RODA J.-Ch., « Le marché », in J.-B. Racine, *Le droit économique au XXI^e siècle. Notions et enjeux*, LGDJ, 2020, p.493.

ROSENFELD E. et VEIL J., « Sanctions administratives, sanctions pénales », in *La pénalisation*, Pouvoirs, n°128, 2009, p. 61 et s.,

ROUGEAU-MAUGER C., « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD Com.* 2010, p.653.

ROYER E., « Restauration – Réglementation sanitaire – Plus de transparence des résultats », *Juris tourisme* 2015, p.7.

SABARD O., « Dommages-intérêts et satisfaction équitable », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016, p. 223.

SABARD O., note sous CEDH 25 juin 2013, TREVALEC c/ Belgique (req. N°3081/07), « Le principe de réparation intégrale menacé par la satisfaction équitable ! », *D.* 2013, p. 2139

SAUPHANOR-BROUILLAUD N. et AUBRY H., « Recodification du droit de la consommation. – À propos de l'Ordonnance n°2016-301 du 14 mars 2016 », *JCP G* 2016, act. 392

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « L'incidence de la loi Macron sur le droit contractuel de la consommation », *RDC* 2016, p.97.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Les sanctions des règles protectrices des consommateurs dans la loi relative à la consommation », *RDC* 2014, p.471.

SAUVE J.-M., « Séance d'ouverture », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation*, La documentation française, coll. *Droits et débats*, 2015, p.23.

SAVATIER R., « L'ordre public économique », *D.* 1965, chron., p.31.

SCHILLER S., « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », *JCP E* 2015, 1399.

SCHMELCK, Évolution de la politique criminelle, G.P., 30 oct. 1979, p.2 ; Lejin, « Criminogénèse », *RSC* 1979

SENAT, « Baisse des subventions allouées aux associations de défense des consommateurs agréées », *Question écrite n° 21586* de DETRAIGNE Y. (Marne - UC) 15e législature, publiée dans le JO Sénat du 18/03/2021 - page 1731

SIMON J., « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Mélanges P. BÉZARD – Le juge et le droit de l'économie*, Petites affiches Montchrestien, 2002, p. 147 et s.

SOLTNER B., « La prolifération des fondements et des voies d'actions juridictionnelles : profusion ou confusion ? », *LPA* 2011, n°234, p. 39.

SOULEZ LARIVIERE D., « De la victimisation et de nombreuses autres causes », in *Pouvoirs*, n°128, 2008, p. 27.

STASIAK F. et ROYER G., « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », 2009, p.296.

SULMONT R. et FARGE L., « Restaurant : les notes des contrôles sanitaires bientôt publiques », *RTL*, 10 mai 2016.

TEITGEN-COLLY C., « Chapitre 1. Organisation administrative en vue du constat de l'infraction », in BETAÏLE J., CHOUKI D., COURTAIGNE-DESLANDES C., DEGUERGUE M., LANGELIER E., et al. *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques. [Rapport de recherche]*, Mission de recherche Droit & Justice. 2017. fihal-01448559, sp. p.49.

THERY Ph., « Contentieux de la concurrence et procédure civile », *RTD civ.* 2011, p.383.

TISSEYRE S., « Résolution judiciaire : de l'analyse des torts à l'analyse de la volonté » –*D.* 2018, 2213

Travaux publics et Services gouvernementaux du Canada, Bureau de la traduction, *Juridictionnaire*, v° « effectif, ive/effectivité/efficace/efficacité/efficience/efficient,ente », https://www.btb.termiumplus.gc.ca/tpv2guides/guides/juridi/index-eng.html?lang=eng&lettr=indx_catlog_e&page=9BDkX3TldFmE.html

TULKENS Fr., « Quatrième table ronde – Les contrôles de la sanction par les juges : les principes cardinaux, intensité du contrôle et redéfinition de la sanction par le juge. – Actes », in Conseil d'État, *La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, op. cit.*, p. 152.

VALETTE-ERCOLE V., « La loi n°2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation : entre dépénalisation et pénalisation », *Dr. pén.* 2014, étude 13.

VANDERMEEREN R., « La « double peine » : diversité des ordres juridiques et pluralité des

systèmes répressifs », *AJDA* 2003, p.1854.

VARAUT J.-M., « L'utilitarisme de Jeremy Bentham, prémisse et mesure de la justice pénale », *RSC* 1982, p.261 et s.

VAUTROT-SCHWARZ Ch., « L'ordre public économique », in *L'ordre public*, (dir. Ch.-A. DUBREUIL, Cujas, Coll. « Actes et études », 2013, p. 187 et s, spéc. p. 189 et 190.

VERGES E., « Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : peines complémentaires et alternatives d'incapacité d'exercice d'une activité commerciale ou industrielle », *RSC* 2008, p.958.

VERGÈS É., « Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie : peines complémentaires et alternatives d'incapacité d'exercice d'une activité commerciale ou industrielle », *RSC* 2008, p.958.

VERIN J., « La prison, comment s'en débarrasser ? *RSC* 1975, p.906

VERIN, « La resocialisation sur la sellette », *Rev. Sc. Crim.* 1976, p.416

VERNY E. et GHICA-LEMARCHAND Cl., « Fasc. 20 : De la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité », *Jurisclasseur Procédure pénale*, juin 2013 (MAJ 14 août 2021).

VIGNON-BARRAULT A., « Dommages-intérêts compensatoires et dommages-intérêts punitifs », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016, p. 299.

VINEY G., « Contrat type approuvé par décret et faute lourde, *Dr. et patr.*, oct. 2005, p. 36, spéc. p. 39.

VINEY G., « Préface », in N. CAYROL (Dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, 2016, p. 1

VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile, *Revue de Droit d'Assas*, 2010, n°1, spéc. p.34

VINEY G., « Rapport de synthèse », *LPA* 2002, n°232, p. 66.

VINEY G., « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi du 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations de consommateurs », *JCP G* 1988, I, 3355

VITU A., « Le principe de légalité et la procédure pénale », *R.I.C.P.T.* 1967, p.94

VOGEL L. et VOGEL J., « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ Contrat* 2019, p. 208

VOUIN R., « Justice criminelle et autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron. p.31 et s.

WERRO F., « La tentation des dommages et intérêts punitifs en droit suisse des médias », in *Etudes à la mémoire de Ch. LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p.745 et s.

ZEROUKI Dj, « La sanction en matière pénale », in *La sanction, Colloque du 27 novembre 2003*, L'Harmattan, p.37 et s.

ZOLYNSKI C., « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *Resp. civ. et assur.* 2013, dossier 31.

« Hygiène des restaurants à Paris : de quoi vous couper l'appétit », *AFP*, 16 févr. 2016

« L'action de groupe, vers une consécration ? », *INC Hebdo*, 20-26 juin 2005, n°1348.

« La « class action », un débat européen, l'exemple allemand », *Les Echos*, 19 juin 2008.

« Les sanctions », *Revue annuelle des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation*, Dalloz, 2005

« Prisons: l'Europe encore saisie du cas français », https://www.lesechos.fr/23/08/2017/LesEchos/22513-007-ECH_prisons---l-europe-encore-saisie-du-cas-francais.htm

V. Conférences, auditions

BADINTER R, *Audition de M. ROBERT BADINTER*, Réseau Voltaire, 23 mars 2000, www.voltairenet.org/article7993.html.

BADINTER R., *Pour que la justice française ne soit plus une justice qui tue*, Discours, 17 sept. 1981. Colloque, *La Cour de cassation et l'évolution de la responsabilité civile*, 3 juin 2019, Cour de cassation, <https://www.youtube.com/watch?v=MAMkVhqt6jg>

MESTRE J., *La réforme du droit des contrats*, conférence à l'Université Rennes 1, Faculté de Droit, 16 juin 2016

Ministère de l'Économie, de l'industrie et du numérique, *Réduire les délais de paiement*, Conférence de presse, 23 novembre 2016.

VI. Rapports, bilans

ANZIANI A. et BÉTEILLE L., sénateurs, au nom de la commission des lois, *Rapport d'information établi par le groupe de travail relatif à la responsabilité civile*.

ASSEMBLEE NATIONALE, *Rapport d'information sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, octobre 2016.

ASSOCIATION H. CAPITANT ET SOCIÉTÉ DE LEGISLATION COMPARÉE, *Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune* (vol.6) et *Principes contractuels communs* (vol. 7), coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, éd. CPI

AVIA Laetitia et PARIS Didier, *Rapport de programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice* (n°1349 et relatif au renforcement de l'organisation des juridictions (n°1350), Assemblée nationale, Rapports n°1396 et 1397, tome 1, Synthèse et commentaires d'articles, 9 nov. 2018.

BETEILLE L. et YUNG R., *Rapport d'information n°499 fait au nom de la commission des lois du Sénat*, déposée le 26 mai 2010.

BONNEFOI Nicolas, *Projet de loi relatif à la consommation*, Rapport législatif, 23 juillet 2013

BONNEFOY Nicole, *Projet de loi relatif à la consommation*, Rapport législatif, 23 juillet 2013

CATALA Ph. (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, La Documentation française, 2006.

CERRUTI G., GUILLAUME M., *Rapport parlementaire sur l'action de groupe*, La documentation française, 2005, spéc. p.24.

CHARIÉ J.-P., *Rapport AN n°908, sur le projet de Loi de modernisation de l'économie*, n°842.

COMMISSION DES AFFAIRES ÉCONOMIQUES, *Assemblée nationale*, La documentation française, 10 sept. 2012.

Commission européenne, *Document de travail des services de la commission. Résumé du bilan de qualité*, 23 mai 2017.

COULON Jean-Marie (Prés.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, Janvier 2008, p.47.

COULON Jean-Marie (rapp.), *Réflexions et propositions sur la procédure civile*. Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La documentation française, 1997.

DGCCRF, *Bilan d'activité 2020*, ministère de l'Économie, des finances et de la relance, 2021.

DGCCRF, *Le bilan de la jurisprudence civile, administrative et pénale 2019, 2020*.

G. Rouhette (dir.), *Principes du droit européen des contrats*, publication en français, Société de législation comparée, 2003.

GANDOLFI (dir.), Code européen des contrats. Avant-projet, Académie des privatistes européens, éd. Giuffré, 2^e éd., 2004

GOSSELIN Philippe et VICHNIEVSKY Laurence (prés.), *Rapport d'information sur le bilan et les perspectives des actions de groupe*, Assemblée nationale, n°3085, 11 juin 2020

<https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/sanctions-delaiss-paiement>.

LANDO O. (prés.), Commission pour le droit européen du contrat, *Les principes du droit européen du contrat. L'exécution, l'inexécution et ses suites*, La documentation française, 1997.

LE LOCH A. et PHILIPPE ARMAND MARTIN Ph. (présenté par), Commission des affaires économiques, *Rapport d'information n°3104 sur la mise en application de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation*, 13 octobre 2015.

LECLERC J.-P., BOUCHEZ R., BOULOUIS N. (Supervision), *Guide de légistique*, legifrance.gouv.fr.

MARINI Ph., *travaux préparatoires de la Loi NRE : Projet de loi relatif aux nouvelles régulations économiques*, *Rapport officiel*, 5 avril 2011.

MARINI, *Rapport sur la modernisation du droit des sociétés*, 10 septembre 1996.

MICHEL J.-P. *Rapport dans le cadre de la proposition de loi du 15 août 2014 sur la contrainte pénale*, *Sénat*, n°641, 18 juin 2014, t. II, p.41

MINISTERE DE LA JUSTICE, *Projet de réforme de la responsabilité civile*, mars 2017

Projet de cadre commun de référence, Terminologie contractuelle commune (vol.6) et *Principes contractuels communs* (vol. 7), Association H. Capitant et Société de législation comparée, coll. Droit privé comparé et européen, Société de législation comparée, éd. CPI.

Rapport annuel de la Cour de cassation, 2004.

Rapport au Président de la République, Loi du 17 mars 2014.

SENAT, « Lutte contre la contrefaçon : premier bilan de la loi du 29 octobre 2007 », www.senat.fr.

TERRE F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, 2009.

INDEX

A

- Abus de confiance : 181
- Abus de faiblesse : 190, 219
- Action civile dans l'intérêt des consommateurs : 427 et s.
- Action en cessation d'agissements illicites : 433 et s.
- Action de groupe : 14, 198, 449 et s.
- Action en représentation conjointe : 441 et s.
- Action en suppression de clauses abusives : 437 et s.
- Action individuelle : 402 et s.
- Limites psychologiques : 403 et s.
 - Coût financier : 408 et s.
 - Preuve : 410, 419 et s.
 - Procédure : 413 et s.
- Affichage : 240, 245 et s.
- Amende administrative : 197 et s.
- Nature répressive : 203, 206
 - Matière pénale : 205 et s.
- Amende civile : 22, 123 et s.
- Matière pénale : 130 et s.

- Personnalité des peines : 137

Amende pénale : 150 et s.

Amende proportionnelle : 54, 189 et s.,

- Calcul : 193 et s.

Appel :

- Des décisions administratives : 588
- Des décisions judiciaires : 587

Associations : 426 et s., 511 et s., 544

Autonomie de la volonté : 10, 49, 66,

Autorité administrative : 7

B

Bureau des litiges économiques : 543 et s.

C

Caducité : 36

Cessation de l'illicite : 52, 395

Clauses abusives : 18, 210,

Clauses limitatives de responsabilité : 65 et s.,

- En matière contractuelle : 65 et s., 70 et s.

- En matière délictuelle : 67

Clause pénale : 74 et s., 112,
Clause réputée non écrite : 35, 51, 54, 395,
Confiscation : 192
Consommateur : 70,
- Définition : 13
- Protection du - : 200
Contrat :
- Définition : 9, 31 et s.,
- D'adhésion : 44,
- Maintien : 47 et s.,
CRPC : 481, 484
Convention judiciaire d'intérêt public :

D

Déchéance : 50,
Délais de paiement : 210,
Démarchage à domicile : 13
Déséquilibre significatif : 14, 18, 51, 70
Dépénalisation : 21, 185
DGCCRF (Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes) : 7, 12, 22, 486 et s., 517, 538
Diffusion : 245 et s.
Dissolution personne morale : 260,

Domages et intérêts : 60 et s.
- Réparation intégrale : 61 et s., 105
- Fonction comminatoire : 62 et s.,
Domages et intérêts punitifs : 101 et s., 457
Domages et intérêts restitutoires : 108 et s.
Droits de la défense : 121, 581 et s.
Droit économique : 15
Droit économique contractuel : 15
Droit pénal :
- Inefficacité : 201

E

Effectivité : 25
Efficacité 25
Efficience 25
Emprisonnement : 161 et s.
- Définition : 164
- Fonctions : 168 et s.
- Personne physique : 174 et s.
-
Escroquerie : 154, 181, 219,
Exclusion des marchés publics : 266

F

Faute lucrative : 189 et s.

Fermeture d'établissement : 261

Fraudes et falsifications : 11, 186, 271,

G

Guichet unique : 532 et s.

I

Inexécution : 35, 37

Injonction : 211 et s., 494 et s.

Interdiction d'émettre des chèques : 234, 268

Interdiction d'exercer une activité professionnelle ou sociale (...) : 234, 262,

Interdiction d'exercer une fonction publique
234, 262

Interdiction d'exercer une profession commerciale (...) : 230, 262

J

Juge :

- Civil : 33 et s., 51,
- Pénal : 6, 522
- Relevé d'office : 576 et s.

Juridiction judiciaire : 402, 589 et s.

L

Liberté contractuelle : 10, 66,

Loteries : 210

M

Marché : 18

Matière pénale : 334

Mesure de sûreté : 229, 298, 320

Ministère public : 241, 429, 552 et s.

Ministre de l'Économie : 14, 140 et s., 394, 469

Mise en transparence des comptes rendus en matière sanitaire : 274 et s.

N

Non bis in idem : 138, 390, 583, 588

Non-professionnel : 13

Nullité : 35, 41, 363, 393

O

Obligation générale d'information : 210

Opportunité des poursuites : 552

Ordre public : 41

Ordre public : 67, 352 et s.

- Contractuel : 195, 357 et s.
- De protection : 359 et s.
- De direction : 359 et s.
- Economique : 365,
- Economique renforcé : 393 et s.

P

Partie faible au contrat : 18

Parquet spécialisé : 553 et s.

Peine :

- Fonction répressive de la - : 322 e s.

Peines accessoires : 237,

Peine privée : 73, 76, 100, 112,

Peines complémentaires : 221 et s.

Peines secondaires : 219 et s.

- Recours étendu : 221 et s.
- Fonctions : 227 et s.
- Choix du juge : 233
- Possibilité de cumul : 234

Pénalisation : 19 et s.

Personnalisation des peines : 233,

Placement sous surveillance judiciaire : 267

Pouvoir d'intervention de l'administration :
271 et s.

Pratiques commerciales agressives : 41, 186,
210

Pratiques commerciales trompeuses :

13, 41, 186, 210

Pratiques restrictives de concurrence : 13, 14,

Publication :

- De la sanction pénale : 22, 245 et s.,
528

Publicité : 210

R

Réforme du droit des obligations : 10

Résolution du contrat : 37, 41,

Responsabilité pénale des personnes
morales : 154, 176 et s.,

S

Sanction :

- Administrative : 7, 22, 325 et s.
- Ayant le caractère d'une punition :
320

- Civile : 5, 29 et s., 45,
- Cumul de - : 390 et s.,
- Définition : 218, 284,
- Fonction normative de la - : 309 et s.
- Non-civile : 218, 283, 331 et s.
- Notion : 2, 286
 - o Polysémique : 287 et s.
 - o Langage courant : 287 et s.
 - o Juridique : 295 et s.
- Pénale : 6, 22, 316 et s.
- Privée : 37
- Répressive :
 - o Influence sanction répressives sur sanction civile : 393
- Unilatérale : 37

SAUJ : 535

T

Transaction : 488 et s.

V

Vente à la boule de neige : 13

Victimes : 506 et s.

Vol : 457

Volonté unilatérale : 37

TABLE DES MATIERES

| | |
|--|-----------|
| SOMMAIRE | 1 |
| Liste des principales abréviations | 3 |
| INTRODUCTION..... | 9 |
| PARTIE 1. La diversification des sanctions en droit économique contractuel..... | 47 |
| TITRE 1. L'évolution des sanctions civiles..... | 49 |
| Chapitre 1. Les sanctions civiles classiques à l'efficacité limitée | 51 |
| Section 1. Les sanctions impactant directement le contrat | 52 |
| I. La remise en cause du contrat par la sanction civile..... | 53 |
| A. La pertinence discutée de la sanction au regard des conditions de mise en œuvre | 53 |
| 1. <i>Le frein du recours au juge</i> | 54 |
| 2. <i>Le risque de l'exécution individuelle</i> | 56 |
| B. La pertinence discutée de la sanction au regard des contractants | 58 |
| 1. <i>L'absence d'intérêt de la sanction pour la victime</i> | 58 |
| 2. <i>L'absence d'impact de la sanction pour l'auteur</i> | 60 |
| II. Le maintien du contrat grâce à la sanction civile | 62 |
| A. Le maintien modifié du contrat, une sanction concurrencée..... | 62 |
| 1. <i>Des mécanismes sanctionneurs intéressants</i> | 63 |
| 2. <i>Des mécanismes tardifs</i> | 66 |
| B. Le maintien forcé du contrat, une sanction risquée | 67 |
| Section 2. Les sanctions impactant directement le contractant. | 69 |
| I. Le caractère comminatoire inexistant des dommages et intérêts. | 69 |

| | | |
|-------------------|--|------------|
| A. | Une sanction limitée par le principe de réparation intégrale..... | 70 |
| B. | Une sanction limitée par les clauses limitatives de responsabilité..... | 72 |
| | 1. <i>Des clauses réduisant l'impact de la sanction</i> | 72 |
| | 2. <i>L'impact des clauses limitées par certaines solutions</i> | 75 |
| | a. En droit spécial des contrats | 76 |
| | b. En droit commun des contrats..... | 77 |
| II. | Le caractère comminatoire discuté de la clause pénale | 80 |
| A. | Une fonction comminatoire affirmée..... | 81 |
| | 1. <i>Le rôle comminatoire initial</i> | 82 |
| | 2. <i>Une fonction duale assumée</i> | 86 |
| B. | Une fonction comminatoire atténuée..... | 88 |
| | 1. <i>La modération de la sanction par le juge</i> | 89 |
| | a. Un rôle effectif du juge. | 89 |
| | b. Un rôle de modération d'ordre public impactant le caractère comminatoire..... | 94 |
| | 2. <i>La fonction d'indemnisation privilégiée par le législateur</i> | 95 |
| Chapitre 2. | Les sanctions civiles renouvelées à la nature discutée..... | 99 |
| Section 1. | Les Dommages et intérêts punitifs, à la lisière de la sanction non civile | 100 |
| I. | Les dommages et intérêts punitifs, une sanction envisagée. | 100 |
| A. | Les dommages et intérêts punitifs dans la loi..... | 101 |
| | 1. <i>Le droit positif : la question autour de dommages et intérêts punitifs</i> | 101 |
| | 2. <i>Le droit positif : l'existence des dommages et intérêts restitutoires</i> | 106 |
| B. | Les dommages et intérêts punitifs dans la jurisprudence | 109 |

| | | |
|-------------------|--|------------|
| II. | Les dommages et intérêts punitifs, une sanction hybride à considérer. | 112 |
| | | |
| A. | La nécessité de l'admission de dommages et intérêts punitifs..... | 113 |
| B. | L'impérativité d'un encadrement des dommages et intérêts punitifs ... | 113 |
| | 1. <i>L'encadrement par des règles de droit substantiel</i> | 114 |
| | 2. <i>L'encadrement par des règles de droit procédural</i> | 116 |
| Section 2. | L'amende civile, une sanction non civile. | 118 |
| I. | La nature brouillée de l'amende civile | 120 |
| A. | L'aspect civil oublié..... | 121 |
| B. | L'aspect répressif affirmé | 122 |
| II. | Le régime inadapté de l'amende civile | 125 |
| A. | La protection de l'auteur discutée..... | 125 |
| B. | La protection de la victime occultée..... | 132 |
| TITRE 2. | L'explosion des sanctions non civiles | 137 |
| | Chapitre 1. L'extension des sanctions non civiles principales..... | 141 |
| Section 1. | Le maintien des peines principales dissuasives traditionnelles. | 141 |
| I. | L'amende pénale, peine classique en matière contractuelle | 142 |
| A. | Une sanction habituelle des manquements contractuels..... | 142 |
| B. | Une sanction propice à la protection de la relation contractuelle | 146 |
| II. | L'emprisonnement, peine emblématique maintenue en matière contractuelle | 150 |
| A. | Le rôle symbolique de la peine d'emprisonnement en matière contractuelle..... | 150 |
| | 1. <i>Les caractéristiques de la sanction</i> | 151 |
| | a. Les modalités de la peine d'emprisonnement | 151 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| b. | Les fonctions particulières de la peine, moins adaptées à l'infraction économique..... | 155 |
| 2. | <i>Les personnes visées par la sanction</i> | 159 |
| a. | La peine d'emprisonnement encourue par l'auteur des faits, personne physique..... | 160 |
| b. | La peine d'emprisonnement encourue par les personnes physiques agissant pour le compte des personnes morales..... | 161 |
| B. | Le maintien persistant de la peine d'emprisonnement en matière contractuelle..... | 163 |
| 1. | <i>La présence constante de la peine d'emprisonnement en droit commun</i> | 163 |
| 2. | <i>La présence prégnante de la peine d'emprisonnement en droit spécial</i> | 165 |
| Section 2. | L'apparition de peines principales dissuasives nouvelles..... | 170 |
| I. | L'instauration de l'amende pénale proportionnelle..... | 171 |
| A. | Une volonté affirmée de condamner le profit né de l'infraction..... | 171 |
| B. | Une méthode de calcul orientée vers la protection du marché | 173 |
| II. | L'accroissement exponentiel de l'amende administrative..... | 175 |
| A. | L'alternative de l'amende administrative..... | 176 |
| 1. | <i>Caractéristiques de l'amende administrative</i> | 177 |
| 2. | <i>Régime de l'amende administrative</i> | 182 |
| B. | Le particularisme de l'amende administrative | 184 |
| 1. | <i>La dualité du champ d'application</i> | 184 |
| 2. | <i>Une échelle des peines différenciée</i> | 190 |
| | Chapitre 2. La diversification des sanctions non civiles secondaires | 195 |
| Section 1. | Les problématiques communes aux peines secondaires applicables en matière contractuelle. | 196 |
| I. | L'existence de peines secondaires multiples au service d'une meilleure protection | 196 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| A. | Le recours étendu aux sanctions secondaires..... | 197 |
| | 1. <i>La délimitation extensive des peines secondaires</i> | 197 |
| | 2. <i>La systématisation des peines secondaires</i> | 199 |
| B. | Les fonctions variées des sanctions secondaires..... | 202 |
| II. | L'encadrement des peines secondaires en vue de leur pleine efficacité | 204 |
| A. | L'appréciation judiciaire du prononcé de la peine..... | 204 |
| B. | Les conséquences sévères de l'inexécution de la peine..... | 210 |
| Section 2. | La classification questionnée des peines secondaires applicables en matière contractuelle. | 215 |
| I. | L'affichage et la diffusion, sanctions identiques adaptée au droit économique contractuel | 216 |
| A. | La peine d'affichage et de diffusion, sanction quasi-automatique en matière pénale. | 217 |
| B. | La peine d'affichage et de diffusion, sanction favorisée en matière administrative..... | 219 |
| II. | La persistance de différences dans les sanctions secondaires | 220 |
| A. | Des sanctions plus variées en droit pénal | 221 |
| | 1. <i>La confiscation, la privation de l'objet de l'infraction</i> | 221 |
| | 2. <i>Les restrictions de capacité et de droits, peines touchant la personne de l'auteur.</i> | 222 |
| | a. Les restrictions de capacité | 223 |
| | i. Les sanctions emportant disparition de la structure..... | 223 |
| | ii. Les sanctions restreignant l'activité..... | 225 |
| | b. Les restrictions à l'exercice de certains droits..... | 226 |
| B. | L'émergence de sanctions indirectes propres de l'administration..... | 227 |
| | 1. <i>Le pouvoir d'intervention contenu de l'administration</i> | 228 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| | 2. <i>L'exemple de la mise en transparence des comptes rendus officiels en matière sanitaire.</i> | 229 |
| PARTIE 2. | L'impératif remodelage de la sanction en droit économique contractuel | 235 |
| TITRE 1. | Redonner du sens à la sanction | 237 |
| Chapitre 1. | De la sanction à la sanction non civile, le choix d'une sanction répressive. | 239 |
| Section 1. | La sanction, un symbole de la normativité complexe à définir. ... | 240 |
| I. | La sanction, une notion aux multiples visages. | 240 |
| A. | La sanction, une notion complexe à définir. | 241 |
| | 1. <i>La sanction, une notion polysémique dans le langage courant.</i> | 241 |
| | a. Les définitions rejetées | 242 |
| | b. La définition retenue : la sanction, synonyme de peine en langage courant | 246 |
| | 2. <i>De l'absence de définition aux définitions multiples de la sanction en droit.</i> | 248 |
| | a. La sanction : une définition juridique introuvable. | 249 |
| | b. La multitude de définitions juridiques de la sanction | 254 |
| II. | La définition retrouvée de la sanction juridique. | 258 |
| A. | Dégager une définition unique de la sanction juridique. | 258 |
| B. | La fonction normative de la sanction juridique. | 261 |
| Section 2. | La sanction non civile : l'aporie de la distinction entre sanction administrative et pénale. | 267 |
| I. | Les sanctions non civiles, deux sanctions répressives. | 268 |
| A. | La sanction pénale, une sanction répressive par nature. | 268 |
| | 1. <i>La sanction pénale, une référence symbolique et essentielle.</i> | 268 |
| | 2. <i>La fonction répressive, fonction principale de la peine.</i> | 273 |
| B. | La sanction administrative, une sanction devenue répressive. | 275 |

| | | |
|----------------------------|--|------------|
| II. | Les sanctions non civiles, deux sanctions aux régimes semblables | 280 |
| | | |
| A. | L'unification des régimes..... | 281 |
| | 1. <i>L'indifférence de la distinction interne classique pour le droit constitutionnel et européen</i> | 281 |
| | a. La matière pénale en droit européen..... | 281 |
| | b. La sanction à caractère punitif pour le Conseil constitutionnel..... | 284 |
| | 2. <i>L'affirmation d'une identité de régime en droit européen</i> | 285 |
| | a. Le constat | 285 |
| | b. Les conséquences. | 287 |
| B. | La perte d'intérêt de la distinction. | 288 |
| Chapitre 2. particulier | La recherche d'un choix de la sanction fondé sur un ordre public | 291 |
| | | |
| Section 1. | Fonder la distinction entre les sanctions sur un ordre public | 292 |
| pertinent. | | |
| I. | Les ordres publics impossibles | 295 |
| A. | Les ordres publics incluant nécessairement la sanction civile..... | 296 |
| | 1. <i>Ordre public contractuel</i> | 296 |
| | 2. <i>Ordre public de direction et ordre public de protection</i> | 298 |
| B. | L'ordre public trop restrictif ou trop général : l'ordre public économique | 302 |
| | 1. <i>Une définition en général trop large de l'ordre public économique</i> | 303 |
| | 2. <i>Une définition trop restrictive de l'ordre public économique.</i> | 305 |
| II. | L'ordre public envisageable : créer une nouvelle trichotomie. | 306 |
| | | |
| A. | L'ordre public économique renforcé, fondement aux sanctions non civiles | 307 |

| | | |
|-------------------|--|------------|
| B. | Trouver une sous-dichotomie pour justifier le recours aux sanctions administratives ou pénales. | 310 |
| Section 2. | Fonder une organisation cohérente des sanctions..... | 313 |
| I. | Respecter la hiérarchie répressive des sanctions..... | 313 |
| A. | Les sanctions civiles, une catégorie autonome..... | 313 |
| B. | Les sanctions répressives, une échelle à construire | 314 |
| II. | Coordonner la mise en œuvre des sanctions entre elles | 318 |
| A. | Maintenir un contrôle strict sur les cumuls de sanctions répressives. .. | 318 |
| B. | Organiser l'impact des sanctions répressives sur les sanctions civiles.. | 320 |
| TITRE 2. | Repenser la procédure pour une sanction plus effective..... | 327 |
| Chapitre 1. | Les déficiences procédurales, freins à l'optimisation de la sanction | 329 |
| Section 1. | Les procédures civiles, insuffisantes à garantir la sanction..... | 329 |
| I. | L'âpreté du recours individuel | 330 |
| A. | Les limites psychologiques et financières au déclenchement d'une action individuelle. | 331 |
| 1. | <i>Les hésitations psychologiques</i> | <i>332</i> |
| 2. | <i>Le coût financier, frein majeur à l'action individuelle.....</i> | <i>334</i> |
| B. | La lourdeur procédurale d'une action individuelle. | 337 |
| 1. | <i>Les obstacles à l'introduction de l'instance</i> | <i>337</i> |
| 2. | <i>Les difficultés probatoires lors du déroulé de l'instance.....</i> | <i>341</i> |
| II. | La timidité des recours collectifs | 345 |
| A. | Les échecs des recours collectifs antérieurs..... | 347 |
| 1. | <i>Les actions collectives antérieures trop restrictives.....</i> | <i>347</i> |
| a. | L'action civile dans l'intérêt collectif des consommateurs. | 347 |
| b. | L'action en cessation d'agissements illicites | 359 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| c. | Les actions en suppression de clauses contractuelles abusives ou illicites. | 362 |
| 2. | <i>L'action en représentation conjointe inutilisée</i> | 365 |
| a. | Des conditions d'application excessivement restrictives..... | 365 |
| b. | L'effet trop relatif d'une condamnation | 368 |
| B. | L'admission limitée de l'action de groupe..... | 371 |
| 1. | <i>La consécration tardive de l'action de groupe</i> | 372 |
| a. | Des réticences issues de l'expérience nord-américaine..... | 372 |
| b. | Un avenir tourné vers l'Europe | 375 |
| 2. | <i>La consécration contenue de l'action de groupe</i> | 379 |
| a. | Un domaine d'action limité | 379 |
| i. | Un cadre d'action restreint..... | 379 |
| ii. | Le choix d'une indemnisation restreinte..... | 383 |
| b. | Une procédure encadrée et longue..... | 385 |
| Section 2. | Les procédures répressives, entre limites et déficiences | 394 |
| I. | L'incertitude de la sanction face aux spécificités procédurales | 395 |
| A. | Le rôle pivot du Ministère public..... | 396 |
| 1. | <i>L'influence sur la réalité de la peine</i> | 398 |
| 2. | <i>L'influence sur le quantum de la peine</i> | 405 |
| B. | Le rôle renforcé des autorités administratives..... | 408 |
| 1. | <i>L'influence de la DGCCRF sur le quantum de la sanction à travers la transaction</i> 408 | |
| a. | La transaction, une procédure spécifique au succès grandissant..... | 409 |
| b. | La transaction, une procédure influençant le montant de la sanction . | 413 |
| 2. | <i>L'influence de la DGCCRF sur l'existence même de la sanction</i> | 416 |

| | | |
|-------------------|---|------------|
| a. | Un pouvoir étendu rendant la sanction hypothétique | 417 |
| b. | Un pouvoir d'injonction demeurant aléatoire | 418 |
| II. | L'incertitude de la sanction face au réalisme de la pratique | 424 |
| A. | De certaines limites procédurales au recours à la sanction non civile .. | 424 |
| 1. | <i>Des limites liées aux capacités d'action des demandeurs.....</i> | <i>425</i> |
| a. | Le rôle des victimes | 425 |
| b. | Le rôle des associations..... | 428 |
| 2. | <i>Des limites liées à l'efficacité des procédures.....</i> | <i>430</i> |
| a. | L'efficacité du droit pénal en question..... | 431 |
| b. | L'efficacité de l'administration en question | 431 |
| B. | L'incertitude quant au prononcé et à l'effectivité de la sanction non civile | 435 |
| 1. | <i>Le rôle déterminant du juge dans le prononcé de la sanction.....</i> | <i>436</i> |
| 2. | <i>Le rôle incertain de la sanction prononcée</i> | <i>437</i> |
| a. | Les conséquences directes du prononcé de la sanction | 437 |
| b. | Les conséquences indirectes du prononcé de la sanction..... | 438 |
| Chapitre 2. | L'évolution impérative des règles procédurales pour une meilleure effectivité des sanctions non civiles. | 441 |
| Section 1. | Un accès facilité à la sanction | 442 |
| I. | La création d'un « guichet unique ». | 442 |
| A. | L'intérêt multiple du guichet unique..... | 443 |
| 1. | <i>Favoriser le recours à la justice</i> | <i>443</i> |
| 2. | <i>Favoriser l'identification des manquements</i> | <i>446</i> |
| B. | La mise en œuvre originale du guichet unique..... | 450 |
| 1. | <i>Le cadre.....</i> | <i>450</i> |
| 2. | <i>La procédure</i> | <i>454</i> |

| | | |
|-------------------|--|------------|
| II. | Une modernisation de l'institution judiciaire | 457 |
| A. | La création d'un parquet spécialisé, coordinateur | 457 |
| B. | Discussion autour de l'instauration d'un juge spécialisé..... | 461 |
| Section 2. | Des garanties accrues pour les contractants | 465 |
| I. | Une meilleure efficacité des procédures : protéger les victimes | 465 |
| A. | Des procédures simplifiées | 466 |
| | 1. <i>Simplifier les conditions de recevabilité des procédures collectives</i> | 466 |
| | 2. <i>Étendre les effets des procédures collectives</i> | 470 |
| B. | Le rôle du juge renforcé | 473 |
| II. | Vers une protection commune des responsables des manquements : protéger les auteurs | 477 |
| A. | Des garanties dans la défense des droits des personnes poursuivies.... | 477 |
| B. | Des garanties dans le droit à une voie de recours opportune. | 483 |
| | CONCLUSION GENERALE | 493 |
| | BIBLIOGRAPHIE | 497 |
| | INDEX | 537 |
| | TABLE DES MATIERES | 543 |

Titre : *Le renouvellement de la sanction en droit économique contractuel*

Mots clés : sanction, ordre public économique, sanctions non civiles, droit de la consommation

Résumé : Le droit économique contractuel est une discipline fondamentalement contemporaine, qui évolue avec son temps et les avancées sociétales. Droit très protecteur, il a pour but de protéger non seulement le marché, mais également les différents contractants, en priorité la partie faible au contrat. Son champ d'intervention, le droit de la consommation et le droit des pratiques restrictives de concurrences a donc subi une légifération exponentielle ces quarante dernières années. Mêlant volonté de régulation et d'efficacité des procédures tout en ménageant les entreprises françaises, le législateur a construit un régime autour de trois grands types de sanctions : les sanctions civiles, pénales et administratives. Sans jamais faire disparaître les unes au profit des autres, les sanctions en droit économique contractuel forment aujourd'hui un panel très diversifié qui doivent coexister les unes avec les autres.

Aux côtés des sanctions civiles, qui se renouvellent doucement, les sanctions non civiles, que sont les sanctions pénales et administratives, prennent de plus en plus d'ampleur au sein du droit économique contractuel. Afin de les distinguer les unes des autres, il est indispensable de reprendre les fondements de la notion de sanction et d'étendre cette recherche à chacune des sanctions. Les sanctions non civiles, répressives par nature, répondent certes à un objectif de protection de l'ordre public économique renforcé, mais ont également été mises en place en vue de bénéficier des facilités procédurales qu'elles apportent. Il est alors impératif de remodeler la sanction en droit économique contractuel et la procédure qui l'accompagne.

Title : *The sentence renewal in economic contract law*

Keywords : sanctions, repressive penalties, economic public policy, consumer and commercial law,

Abstract : Very protective, this law's goal is to protect not only the market but also the different contracting parties, and mostly the weakest party of the contract. Its field of intervention is consumer law and the commercial law and it has therefore experienced exponential growth in the last forty years. Mixing willingness of regulation and efficiency of procedures as well as caring for French companies, lawmakers built a penalty regime based on three main types of penalties : civil, criminal and administrative penalties. Never replacing one by the other, economic contract law penalties are now constituting a very diverse panel and need to co-exist all together. Aside from civil penalties which are slowly renewing, non-civil penalties that are criminal and administrative penalties are now representing a wider part of the economic contract law.

In order to differentiate one from the other, it is essential to get back to the foundations of the definition of a penalty and to extend this research to each type of penalty. Administrative et criminal sentences, repressive by nature, have the double objective to protect public policy in the economic scope and to benefit from easier procedures. It is therefore required to rethink the economic law penalty along with the specific procedure which is associated.