UNIVERSITÉ DE LORRAINE

AVERTISSEMENT

Ce document est le fruit d'un long travail approuvé par le jury de soutenance et mis à disposition de l'ensemble de la communauté universitaire élargie.

Il est soumis à la propriété intellectuelle de l'auteur. Ceci implique une obligation de citation et de référencement lors de l'utilisation de ce document.

D'autre part, toute contrefaçon, plagiat, reproduction illicite encourt une poursuite pénale.

Contact : ddoc-theses-contact@univ-lorraine.fr

LIENS

Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 122. 4
Code de la Propriété Intellectuelle. articles L 335.2- L 335.10
http://www.cfcopies.com/V2/leg/leg_droi.php
http://www.culture.gouv.fr/culture/infos-pratiques/droits/protection.htm

Université de Lorraine
Faculté de Droit, Sciences Economiques et Gestion
Ecole doctorale Sciences Juridiques, Politiques, Economiques et de Gestion
Institut François Gény – CERCLAB

La sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation

Thèse

En vue de l'obtention du grade de

Docteur en Droit
(Doctorat nouveau régime – Droit privé)

Présentée et soutenue publiquement le 30 novembre 2012 par

Nathalie DOUCHE-DOYETTE

Jury de soutenance

Monsieur Jean-Michel GASSER,
Maître de Conférences, Habilité à Diriger des Recherches à l'Université de Lorraine.

Monsieur Olivier GOUT,
Professeur à l'Université Jean Moulin – Lyon 3, (Président).

Monsieur Xavier HENRY,
Professeur à l'Université de Lorraine, (Directeur de thèse).

Madame Elise POILLOT,
Professeur en Droit civil, Université du Luxembourg, (Rapporteur).

Madame Natacha SAUPHANOR-BROUILLAUD,
Professeur à l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines, (Rapporteur).

LISTE DU CORPS ENSEIGNANT
de la Faculté de Droit,Sciences Economiques & Gestion
Année Universitaire 2012-2013

DOYEN	**M. Eric GERMAIN**
DOYENS HONORAIRES	MM. TALLON, GROSS, JAQUET, CRIQUI, CACHARD
PROFESSEURS EMERITES	M. VITU, Professeur de Droit Pénal M. CHARPENTIER, Professeur de Droit Public M. JAQUET, Professeur de Droit Public M. COUDERT, Professeur d'Histoire du Droit Mme GAY, Professeur d'Histoire du Droit M. BORELLA, Professeur de Droit Public Mme MARRAUD, Professeur de Droit Privé M. GROSS rd, Professeur de Droit Privé M. DUGAS DE LA BOISSONNY Christian, Professeur d'Histoire du Droit M. Christian GOSSEREZ, Professeur de Droit Public M. GRY Yves, Professeur de Droit Public
PROFESSEURS	
M. SEUROT François	Professeur de Sciences Économiques
M. SEUVIC Jean-François	Professeur de Droit Privé
M. MOUTON Jean-Denis	Professeur de Droit Public
M. JACQUOT François	Professeur de Droit Privé
M. CRIQUI Etienne	Professeur de Science Politique
M. PIERRÉ-CAPS Stéphane	Professeur de Droit Public
M. GARTNER Fabrice	Professeur de Droit Public
M. EBOUE Chicot	Professeur de Sciences Economiques
M. MAZIAU Nicolas *(détachement)*	Professeur de Droit Public
M. DEREU Yves	Professeur de Droit Privé
M. BISMANS Francis	Professeur de Sciences Economiques
M. ASTAING Antoine	Professeur d'Histoire du Droit
M. STASIAK Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. CACHARD Olivier	Professeur de Droit Privé
M. LAMBERT Thierry	Professeur de Droit Privé

M. HENRY Xavier	Professeur de Droit Privé
M. TAFFOREAU Patrick	Professeur de Droit Privé
M. PETIT Yves	Professeur de Droit Public
M. FOURMENT François	Professeur de Droit Privé
Mme PEGUERA POCH Marta	Professeur d'Histoire du Droit
M. LAFFAILLE Franck	Professeur de Droit Public
M. FARDET Christophe	Professeur de Droit Public
M. VAUTROT-SCHWARZ Charles	Professeur de Droit Public
M. FONTAINE François	Professeur de Sciences Economiques
M. GEA Frédéric	Professeur de Droit Privé
M. AZOMAHOU Théophile	Professeur de Sciences Economiques
Mme DUMAS Christelle	Professeur de Sciences Economiques
M. JACQUEMET Nicolas	Professeur de Sciences Economiques
M. RENAUDIE Olivier	Professeur de Droit Public

MAÎTRE DE CONFERENCES

M. BOURGAUX Claude	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PELLISSIER Dominique	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GERMAIN Eric	Maître de Conférences de Droit Public
M. LUISIN Bernard	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MANSUY Francine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme TILLEMENT Geneviève	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme GANZER Annette	Maître de Conférences de Droit Privé
M. OLIVIER Laurent	Maître de Conférences de Science Politique
M. DIELLER Bernard	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GUIGOU Jean-Daniel (*détachement*)	Maître de Conférences de Sciences Économiques
M. GASSER Jean-Michel	Maître de Conférences de Droit Privé
M. AIMAR Thierry	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme KUHN Nicole	Maître de Conférences de Droit Public
Mme DAVID-BALESTRIERO Véronique	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme ETIENNOT Pascale	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BARBIER Madeleine	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. ANDOLFATTO Dominique	Maître de Conférences de Science Politique
Mme DEFFAINS Nathalie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme SIERPINSKI Batyah	Maître de Conférences de Droit Public
M. MOINE André	Maître de Conférences de Droit Public
Mlle LEBEL Christine	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle LE GUELLAFF Florence	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. EVRARD Sébastien	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
M. FENOGLIO Philippe	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme BOURREAU DUBOIS Cécile	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle GARDIN Alexia	Maître de Conférences de Droit Privé
M. KLOTGEN Paul	Maître de Conférences de Droit Privé

Mme DERDAELE Elodie	Maître de Conférences de Droit Public
M. DAMAS Nicolas	Maître de Conférences de Droit Privé
M. GICQUEL Jean-François	Maître de Conférences d'Histoire du Droit
Mme LELIEVRE Valérie	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. PREVOT Jean-Luc	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme CHAUPAIN-GUILLOT Sabine	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle PIERRE Nathalie	Maître de Conférences de Droit Privé
M. PIERRARD Didier	Maître de Conférences de Droit Public
Mme HOUIN-BRESSAND Caroline	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle BLAIRON Katia	Maître de Conférences de Droit Public
M. FEREY Samuel	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. MULLER François	Maître de Conférences de Droit Public
Melle ABALLEA Armelle	Maître de Conférences de Droit Public
M. THIERRY Jean-Baptiste	Maître de Conférences de Droit Privé
Mlle DUBUY Mélanie	Maître de Conférences de Droit Public
Mme NAU Liliane	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme SACHS Tatiana	Maître de Conférences de Droit Privé
Mme BOUGHANMI Afef	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mme HELSTROFFER Jenny	Maître de Conférences de Sciences Economiques
Mlle MARTI Gaëlle	Maître de Conférences de Droit Public
Mme MICHEL-CLUPOT Muriel	Maître de Conférences de Gestion
M. RESTOUT Romain	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. DAMETTE Olivier	Maître de Conférences de Sciences Economiques
M. DURAND Frédéric	Maître de Conférences de Droit privé
M. LOVAT Bruno	PRAG de Mathématiques

MAÎTRE DE CONFERENCES en langue anglaise

M. ECKERSLEY David

MAÎTRE DE CONFERENCES ASSOCIES

M. FERRY Frédéric	Maître de Conférences associé de Droit Privé
Mme MOUKHA Stéphanie	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GAUDEL Pierre-Jean	Maître de Conférences associé de Droit Public
M. GUENOT Jacques	Maître de Conférences associé de Droit Privé
M. GREGOIRE Christian	Maître de Conférences associé de Sciences Economiques
M. CHRISTIENNE Jean-Philippe	Maître de Conférences associé de Droit Privé

ASSISTANTS – PRAG

Mme DIEHL Christel	PRAG d'Anglais
M. PERRIN Yves	PRAG d'Economie et Gestion

Par ces quelques lignes, je désire exprimer ma reconnaissance et ma profonde gratitude à toutes les personnes qui ont contribuées, par leur aide, par leur soutien ou simplement par leur patience, à la réalisation de ce travail.

Je remercie tout particulièrement Monsieur Henry, qui m'a encouragée dans le choix de réaliser une thèse, pour ses précieux conseils et sa grande disponibilité.

Je remercie spécialement mes parents et Pierre, pour tout ce qu'ils m'ont apporté pendant ces années.

« La faculté n'entend donner ni approbation, ni improbation aux opinions émises dans la thèse, celles-ci devant être considérées comme propres à leur auteur. »

Sommaire

Sommaire 11

Liste des abréviations 13

Introduction 15

Partie 1. L'efficacité de la fonction réparatrice des sanctions dans les contrats de consommation 53

Titre 1. La réparation de l'inutilité du contrat de consommation 55

Chapitre 1. L'inefficacité des fondements actuels de la nullité du contrat de consommation 59

Chapitre 2. La restauration de l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité des contrats de consommation 107

Titre 2. La réparation de l'injustice du contrat de consommation 135

Chapitre 1. Les sanctions tendant à assurer l'équivalence des obligations essentielles des parties 137

Chapitre 2. Les sanctions tendant à assurer l'équilibre des droits et obligations « accessoires » des parties 155

Partie 2. L'efficacité de la fonction dissuasive des sanctions dans les contrats de consommation 233

Titre 1. La dissuasion, fonction principale des sanctions consuméristes 237

Chapitre 1. La peine, sanction naturellement dissuasive 239

Chapitre 2. La prépondérance des peines dans les sanctions consuméristes 265

Titre 2. Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions consuméristes 353

Chapitre 1. Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions pénales 357

Chapitre 2. Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions civiles 397

Conclusion générale 447

Annexe : Sanctions pénales en matière de pratiques commerciales interdites ou règlementées par le Code de la consommation 459

Bibliographie 487

Table des décisions citées 517

Table des matières 531

Liste des abréviations

AJ pénal	Actualité juridique Pénal
ANRT	Atelier national de reproduction des thèses
APD	Archives de philosophie du droit
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bdp	Bibliothèque de droit privé
Bsc	Bibliothèque de sciences criminelles
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambres civiles)
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation (chambre criminelle)
Cah. Cons. const.	Cahiers du Conseil constitutionnel
Cah. dr. entr.	Cahiers de droit de l'entreprise
CCA	Commission des clauses abusives
CCC	Contrats concurrence et consommation
Chron.	Chronique
Civ.	Chambres civiles de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Concl.	Conclusions
Cons. conc.	Conseil de la concurrence
Cons. const.	Conseil constitutionnel
Conv. EDH	Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme
CEDH	Cour européenne des droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil dalloz sirey
D. aff.	Dalloz affaire
Defrénois	Répertoire du notariat Defrénois
Dir.	Sous la direction de
Doctr.	Doctrine
Dr. pén.	Droit pénal
ENM	Ecole nationale de la magistrature
Et al.	Et autres
GAJ civ.	Grand arrêts – jurisprudence civile
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
J.-Cl.	Juris-Classeur (Encyclopédies)
JCP E	Juris-Classeur périodique – Edition entreprise et affaires
JCP G	Juris-Classeur périodique – Edition générale
JCP N	Juris-Classeur périodique – Edition notariale et immobilière
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence

LPA	Les petites affiches
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Nbt	Nouvelle bibliothèque des thèses
n°(s)	Numéro(s)
p.	Page(s)
PUAM	Presse universitaire d'Aix-Marseille
PUF	Presse universitaire de France
PUN	Presse universitaire de Nancy
Rapp. ann. C. comptes	Rapport annuel de la Cour des comptes
RCA	Responsabilité civile et assurance
RD bancaire et fin.	Revue de droit bancaire et financier
RDC	Revue des contrats
RDI	Revue de droit immobilier
Recomm.	Recommandation
RED consom.	Revue européenne de droit de la consommation
Rép. civ. Dalloz	Répertoire de droit civil Dalloz
Rép. pén. Dalloz	Répertoire de droit pénal et de procédure pénale Dalloz
Rev. crim. et pol. tech.	Revue internationale de la criminologie et de la police technique
Rev. Lamy dr. aff.	Revue Lamy droit des affaires
Rev. Lamy dr. Conc.	Revue Lamy droit de la concurrence
RGDA	Revue générale de droit des assurances
RRJ	Revue de la recherche juridique et de droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
s.	suivant(es)
t.	Tome
Trad.	Traduction
v.	Voir
V°	*Verbo*
Vol.	Volume

Introduction

1. La seconde moitié du XX^{ème} siècle a été marquée par l'avènement de la société de consommation[1] et, corrélativement, par l'apparition d'un droit nouveau dont l'objectif est de protéger les consommateurs : le droit de la consommation. Comme la plupart des droits nouveaux, il se caractérise par la finalité commune que poursuivent les normes qui le composent, et non par leur nature, civile, pénale, procédurale ou administrative[2]. En conséquence, si les contours du droit de la consommation sont mal définis, tant au regard des normes qui le composent, qu'au regard de son champ d'application[3], la finalité spécifique qu'il poursuit permet d'en élaborer une définition. Le droit de la consommation est composé de l'ensemble des normes dont la fonction est de protéger les consommateurs lorsqu'ils se procurent des biens ou des services auprès des professionnels. Il s'intéresse principalement aux rapports qu'entretiennent les consommateurs et les professionnels. Ces rapports sont généralement de nature contractuelle. Cependant, la théorie générale des contrats est rapidement apparue insuffisante pour lever les difficultés engendrées par ces rapports de consommation. De nombreuses dispositions, qui forment le droit de la consommation, ont alors été adoptées pour pallier les carences du droit commun et assurer une protection accrue du

[1] L'expression s'est installée aux alentours de 1970, avec plusieurs ouvrages qui emploient l'expression dans leur titre : J. BAUDRILLARD, *La société de consommation : ses mythes, ses structures*. Paris : Gallimard, 1970 ; G. KATONA, *La société de consommation de masse.* Paris : Hommes et techniques, 1966, trad. de l'anglais par M. Périneau ; R. RAYMOND, *Eloge de la société de consommation.* Paris : Calmann Lévy, 1969 ; J. SAINT-GEOURS, *La société de consommation : Peut-on la rejeter ?* Paris : Hachette, 1971. Sur la société de consommation, v. également : X. de la VEGA (dir.), *Consommer. Comment la consommation a envahi nos vies. Sciences humaines*, Grands dossiers, n° 22, 2011.

[2] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*. 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 18.

[3] Sur le champ d'application du droit de la consommation v. *infra* n^{os} 20 et s.

consommateur lorsqu'il contracte avec un professionnel. Le droit de la consommation a fait émerger un contrat nouveau : le « contrat de consommation ».

2. L'éclosion du droit de la consommation a engendré de nombreuses études. Ces dernières années, les traités et manuels relatifs à la matière se multiplient[4]. Par ailleurs, de nombreuses thèses lui sont déjà consacrées. Certaines d'entre elles abordent un aspect particulier de la protection consumériste[5]. D'autres, plus transversales, ont pour objet d'étude le droit de la consommation, dans sa forme nationale ou européenne, et envisagent l'influence de son apparition sur l'environnement juridique existant ou à venir[6]. Mais, à ce jour, aucune étude n'a été menée sur les sanctions de la violation de ce droit[7]. Pourtant, outre son originalité, les intérêts d'une étude de *la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation* sont nombreux. Avant d'entrer dans le détail de cette recherche, il semble nécessaire de préciser *les caractéristiques du droit de la consommation (I)* et d'indiquer les orientations suivies pour mener à bien *l'étude de la sanction de la violation dans les contrats de consommation (II).*

[4] Les ouvrages sont cités par ordre chronologique de la première édition, date qui est indiquée, le cas échéant, entre parenthèses. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*. 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, (1980) ; J. BEAUCHARD, *Droit de la distribution et de la consommation.* Paris : PUF, 1996 ; Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*. 2ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, (2005) ; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*. Paris : Economica, 2008 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation.* 2ème éd., Paris : Litec : LexisNexis, 2011, (2008) ; C. NOBLOT, *Droit de la consommation.* Paris : Montchrestien, 2012.

[5] V. notamment : E. BAZIN, *Le consentement du consommateur*. Thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2000 ; H. BRICKS, *Les clauses abusives*. Paris : LGDJ, 1982 ; N. CHARDIN, *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris : LGDJ, 1988 ; A. KARIMI, *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit.* Paris : LGDJ, 2001 ; G. ROUSSET, *L'influence du droit de la consommation sur le droit de la santé*, Bordeaux : Les études hospitalières, 2009.

[6] V. notamment : F. BERENGER, *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?* Aix-en-Provence : PUAM, 2007 ; E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats.* Paris : LGDJ, 2006 ; D. POMBIEILH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats.* Thèse, Pau, 2002 ; N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix en Provence : PUAM, 2002 ; N. SAUPHANOR, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris : LGDJ, 2000.

[7] Il faut toutefois cité l'article de Monsieur Calais-Auloy, qui décrit succinctement la diversité des sanctions du droit de la consommation : 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. Il conclut cet article par le constat suivant : « Aucune réflexion d'ensemble n'a jamais été menée sur la finalité, la nature et la gradation des sanctions applicables en droit de la consommation. Une mise en cohérence rendrait le droit de la consommation plus intelligible, et permettrait sans doute qu'il soit mieux appliqué ».

I. Les caractéristiques du droit de la consommation

3. Si l'idée de protéger l'acheteur contre les éventuelles tromperies du vendeur n'est pas nouvelle[8], l'existence d'un droit de la consommation, spécialement tourné vers la protection des consommateurs, est récente. Le mouvement consumériste, dénonçant les dangers de la consommation de masse pour les consommateurs, est d'abord apparu aux Etats-Unis, dans les années 1960. En Europe, et particulièrement en France, les premières lois d'inspiration consumériste ont vu le jour au cours des années 1970. Ainsi, la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile, la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat, encore appelée loi Royer, qui prohibe la publicité trompeuse et qui crée l'action en justice des associations de consommateurs pour la défense de leur intérêt collectif, la 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, la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services et la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979 relative à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier sont autant d'avancées marquantes de cette décennie pour la protection des consommateurs[9]. Ainsi, dès l'origine, la protection légale du consommateur est organisée sectoriellement, au gré des nécessités du moment, sans rechercher à la systématiser par l'adoption d'un droit cohérent et autonome. Les problèmes posés par cette méthode législative sont très vite apparus et la volonté d'élaborer un Code de la consommation, qui opèrerait une refonte des dispositions protectrices des consommateurs, afin d'établir un véritable droit de la consommation, a été formulée au début des années 1980. Une Commission de refonte de la consommation fût spécialement créée à cette fin, et elle formula deux propositions successives[10]. Elle proposait de refondre les lois existantes pour élaborer, à partir de la législation existante, des règles nouvelles guidées par des

[8] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation.* 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 1 ; G. RAYMOND, *Droit de la consommation*. 2ème éd., Paris : Litec : LexisNexis, 2011, nos 6 et 7.

[9] L'adoption de législations ou de réglementations destinées à protéger les intérêts des consommateurs s'est poursuivie, et se poursuit encore. Pour un rappel des lois et décrets intervenus en la matière jusqu'à 2010 v. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 36.

[10] J. CALAIS-AULOY (dir.), *Propositions pour un nouveau droit de la consommation.* Paris : La documentation française, 1985 ; *Propositions pour un Code de la consommation*. Paris : La documentation française, 1990

principes directeurs et qui constitueraient un Code de la consommation. Mais pour des raisons politiques, le choix s'est porté sur une codification à droit constant qui se contente de compiler les textes déjà en vigueur, en les insérant dans un plan, sans en modifier la substance[11]. Le Code de la consommation a finalement été adopté par la loi n° 93-949 du 26 juillet 1993 relative au code de la consommation et par le décret n° 97-298 du 27 mars 1997 relatif au code de la consommation[12]. Si l'adoption du Code de la consommation n'opère par la refonte espérée[13], elle améliore fortement l'accessibilité et la lisibilité de ce droit. Symboliquement, l'adoption d'un Code de la consommation consacre l'existence du droit de la consommation. Ainsi, Monsieur Calais-Auloy affirme, à propos du Code de la consommation : « Un Code, un Droit »[14].

4. L'étude de la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation présuppose d'identifier le droit de la consommation qui lui est spécialement applicable et d'en dégager les particularités. La principale caractéristique de ce droit, ce qui en fait sa spécificité, est d'être *un droit fonctionnel, fondé sur la nécessaire protection des consommateurs (A)*. Mais il présente d'autres particularités. Ainsi, le droit de la consommation est *un droit sous influence communautaire (B)* et *un droit « enchaîné à la notion de contrat »*[15] *(C).*

A. Un droit fonctionnel, fondé sur la nécessaire protection des consommateurs

5. Les études consacrées au droit de la consommation sont unanimes : en droit français, le rattachement d'une norme au droit de la consommation se fait en

[11] J. CALAIS-AULOY H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 18.
[12] Sur le Code de la consommation, v. notamment : J. BEAUCHARD, « Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 55 ; J. CALAIS-AULOY, « Un Code, un Droit », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995 ; A. GUINERET – BROBBELDORSMAN, « Un exemple de codification à droit constant : le code de la consommation peu protecteur pour le consommateur surendetté », *LPA*, 5 juillet 2007, n° 134, p. 50 ; Y. PICOD, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *CCC*, 2008, Etude n° 12.
[13] J. BEAUCHARD, art. préc., n° 40 : « Œuvre de compilation et corps de règles ordonnées, ce Code n'éclaircit en rien et ne lève en rien les ambiguïtés et le manque de cohérence du droit de la consommation antérieur, fait de lois particulières éparses, confectionnées sans plan d'ensemble et sans unité de rédaction ou d'inspiration ».
[14] J. CALAIS-AULOY, « Un Code, un Droit », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995.
[15] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 8.

considération de la finalité pour laquelle elle a été adoptée[16]. L'unité des règles qui le composent réside dans leur fonction protectrice des intérêts des consommateurs. En ce sens, il a été constaté que « si l'on peut regrouper sous la rubrique "droit de la consommation" bien des règles et des institutions, c'est uniquement à raison de leur finalité commune, la protection du consommateur »[17], que le droit de la consommation « est animé par une idée commune : la nécessité de protéger les consommateurs contre la puissance de leurs partenaires économiques »[18] ; ou encore qu'il est « l'ensemble des dispositions d'origine législative, réglementaire, ou jurisprudentielle qui organise le statut du consommateur en tant que tel dans le but principal de protéger les intérêts de chaque consommateur »[19].

6. Cette définition fonctionnelle du droit de la consommation présuppose que le consommateur ait besoin d'être protégé lorsqu'il se procure un bien ou un service auprès d'un professionnel. Ce besoin de protection a souvent été justifié par la faiblesse du consommateur, découlant d'un déséquilibre dans les connaissances économiques, techniques, juridiques ou informationnelles des parties. Ainsi, le droit de la consommation serait « essentiellement un droit de la partie faible, les consommateurs qui subissent la domination de la partie forte, les professionnels »[20]. Ce serait donc la faiblesse, voire l'incapacité[21], du consommateur qui justifierait cette protection. Cette analyse contient une part de vérité. La technicité accrue des produits, la complexité de certaines opérations contractuelles, l'obscurité des termes employés empêchent les consommateurs de choisir les contrats les mieux adaptés à leurs besoins. Mais cette présentation, axée principalement sur la faiblesse et l'incompétence du consommateur confronté à un professionnel fort et compétent, est excessive voire caricaturale. La faiblesse et l'incompétence n'expliquent pas tout. Dans bien des circonstances, les consommateurs se trouvent dans l'incapacité de protéger leurs intérêts, quel que soit leur

[16] E. POILLOT, *op. cit.*, n° 16
[17] M. BORYSEWICZ, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats : Réflexions à propos de la loi n° 78-13 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, p. 93.
[18] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation.* 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 18.
[19] Ph. MALINVAUD, « La protection des consommateurs », *D.*, 1981, chron., p. 50.
[20] S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation.* Paris : Economica, 2008, n° 1. L'auteur ajoute toutefois que cette approche du droit de la consommation est « sans doute réductrice ».
[21] Ainsi, la formule de Carbonnier, « Le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité » (*Les obligations.* 20ème éd., Paris : PUF, 1996, n° 3.) est encore invoquée pour justifier l'existence d'un droit de la consommation.

niveau de compétence, tant juridique que technique, et quelles que soient leurs ressources financières. En effet, comment négocier les conditions d'un contrat avec un ordinateur, une caisse automatique ou même avec l'employé d'un grand magasin qui propose un contrat de crédit à la consommation fourni par une entreprise de crédit ?

7. Cet exemple fait ressortir la principale cause qui justifie la protection du consommateur : l'impossible négociation des contrats de consommation. L'absence de négociation, qui caractérise la plupart des contrats de consommation, ne trouve pas sa source dans l'incompétence, voire l'incapacité, supposée du consommateur, mais dans les caractéristiques de l'opération de consommation elle-même. Le rôle assigné à la volonté ne peut plus être celui qui était envisagé au moment de l'adoption du Code civil. A cette époque, il était admis que l'exercice d'une volonté libre et éclairée permettait, à chaque contractant, de sauvegarder au mieux ses intérêts et de conclure des contrats équilibrés. Mais aujourd'hui, cette impossibilité matérielle de négocier est structurelle. Elle découle de la transformation de la société qui a eu lieu depuis deux siècles. Ainsi, comme le remarque Monsieur Baillod, « le passage de la société rurale, lente, mesurée, à la société "de consommation", ayant pour moteur la sollicitation agressive des consommateurs, ne s'est pas fait sans dommage pour la qualité du consentement : celui-ci n'est plus ce qu'il était »[22].

8. Un rappel, dans les grandes lignes, des facteurs qui ont contribués à l'apparition de la société de consommation, permet de mieux comprendre le besoin d'encadrer spécifiquement les contrats de consommation par une législation protectrice des intérêts des consommateurs. Ainsi, l'émergence de la société de consommation a été favorisée par les progrès industriels et technologiques constants depuis le milieu du XIX^{ème} siècle. Les révolutions industrielles de la deuxième moitié du XIX^{ème} siècle ont permis un bouleversement des méthodes de production. Au début du XX^{ème} siècle, Taylor prône alors l'organisation scientifique du travail par la décomposition du processus de production et la spécialisation des tâches. Ford approfondit cette idée. Il crée le travail à la chaîne, augmente le volume de production pour améliorer la productivité et atteindre une production de masse, et, dans le même temps, il augmente les salaires pour créer des débouchés à ses produits. Parallèlement, la nécessité de trouver des débouchés pour des

[22] R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD civ*., 1984, p. 228, n° 1.

biens produits en masse a entrainé une mutation profonde des méthodes de distributions des produits et des méthodes de séduction des consommateurs. Les grands magasins font leur apparition[23], suivis des supermarchés et des centres commerciaux. Puis, avec le développement des moyens de communication, ce sont les ventes à distances qui s'accroissent. Pour soutenir la consommation, le crédit à la consommation est encouragé. Suivant l'idée développée par certains économistes que « ce sont les entreprises qui imposent les produits aux consommateurs, et non l'inverse »[24], les entreprises développent l'innovation et investissent fortement dans le *marketing*, aidées dans cette voie par le développement des médias et l'apparition de nouveaux moyens de communication, dans l'objectif de créer un besoin nouveau chez les consommateurs. Ces transformations, tant économiques que sociales, ont notamment conduit à la standardisation des produits proposés aux consommateurs, à la standardisation des contrats et à la dépersonnalisation des rapports contractuels entre consommateurs et professionnels. Ces facteurs expliquent l'impossibilité matérielle dans laquelle se trouve le consommateur pour négocier le contenu du contrat de consommation. En définitive, la possibilité pour les professionnels d'imposer des contrats déséquilibrés s'explique davantage par les conditions dans lesquelles se déroulent l'opération de consommation, que par la faiblesse ou l'incompétence du consommateur.

9. En fonction de l'explication donnée au besoin de protection des consommateurs, le choix des moyens permettant de réaliser l'équilibre des contrats de consommation varie. S'il est admis que le besoin de protection découle du déséquilibre de compétence entre consommateur et professionnel et donc de la mauvaise qualité du consentement du consommateur, la protection du consommateur peut alors être réalisée par l'adoption de mesures permettant de garantir la qualité de son consentement. Il retrouverait alors la faculté de veiller seul à ses intérêts lorsqu'il contracte et il pourrait refuser de contracter des contrats déséquilibrés à son détriment. De nombreuses dispositions consuméristes, influant sur les contrats de consommation, se fondent sur l'idée de renforcer la réalité et l'intégrité du consentement du consommateur. Ainsi, le droit de la consommation repose massivement sur l'obligation faite aux professionnels d'informer les consommateurs sur

[23] L'apparition des grands magasins à Paris est illustrée par le roman de ZOLA, *Au Bonheur des Dames.*
[24] J. K. GALBRAITH, *Le Nouvel Etat industriel : Essai sur le système économique américain*. Paris : Gallimard, 1967.

les produits et les conditions des contrats qu'ils leur proposent. De même, les facultés de rétractation qui leur sont parfois accordées leur permettent de se délier sans difficultés des contrats dont ils n'ont pas pu apprécier toute la portée au moment de sa conclusion. Même si ces règles sont parfois dérogatoires à celles découlant de la théorie générale du contrat, elles reposent sur une conception subjective du contrat, qui est celle de la théorie classique du contrat, et par là même, elles s'inscrivent dans le prolongement de la théorie de l'autonomie de la volonté[25]. L'amélioration de la compétence du consommateur et de la qualité de son consentement est utile pour lui permettre de déjouer les techniques de séduction toujours plus poussées employées par les professionnels, de choisir les biens qui répondent à ses attentes et de refuser les contrats dont le déséquilibre est criant. Mais cette orientation est insuffisante parce qu'elle ne restaure pas leur faculté de négocier le contenu du contrat[26], aussi bien sur les caractéristiques du produit qu'ils se procurent lorsqu'il est fabriqué en série, que sur les conditions accessoires du contrat lorsqu'elles sont prérédigées et proposées par le professionnel.

10. En revanche, si le besoin de protection des consommateurs s'explique par des éléments extérieurs aux consommateurs et structurels à l'opération de consommation, alors la réaction du droit de la consommation doit, en outre, s'organiser autour de moyens dont le fondement ne repose pas sur l'altération du consentement du consommateur. Ils doivent prévenir et corriger les déséquilibres du contrat de consommation, imposés par les professionnels, en raison de leur emprise sur la détermination du contenu du contrat, et au moyen de l'utilisation de pratiques parfois déloyales destinées à favoriser la conclusion des contrats. Cette approche s'inscrit alors dans le mouvement plus large de renouvellement des fondements du contrat. La théorie classique du contrat, issue des dispositions du Code civil adoptées en 1804, a son origine dans les idées de la philosophie individualiste du XVIII^{ème} siècle et du libéralisme économique, résumées par la célèbre formule de Fouillée « Qui dit contractuel, dit juste ». D'une part, l'individu, libre, ne peut être soumis qu'à des obligations auxquelles il a accepté de se soumettre. D'autre part, la

[25] J.-P., PIZZIO, art. préc., n° 8 : « Le droit de la consommation s'inscrit en fait dans la continuité du droit civil, dans la mesure où il participe, d'une part à la restauration du principe de l'autonomie de la volonté en restituant au consommateur son libre arbitre même s'il utilise pour y parvenir des procédés exorbitants du droit commun, d'autre part à la restauration de l'équilibre contractuel par l'élimination des clauses abusives ».
[26] Ph. MALINVAUD, art. préc., p. 49.

confrontation de deux libertés antagonistes, qui veillent chacune à la préservation de leurs intérêts, devrait nécessairement aboutir à l'équilibre du contrat. La volonté de l'individu est alors érigée en fondement du contrat. Le contrat est perçu comme un acte éminemment subjectif dont la force obligatoire découle de la seule volonté des parties et dont le contenu ne peut être fixé que par les parties, ce qui limite l'intervention du législateur dans la détermination du contenu du contrat aux seules hypothèses où l'intérêt général est en cause, et qui exclut toute intervention du juge. Pour expliquer les solutions du Code civil fondées sur la volonté des parties, les auteurs de la fin du XIX^{ème} siècle ont alors formulé la théorie de l'autonomie de la volonté qui élève la volonté en véritable dogme[27].

11. Mais l'idée que la théorie de l'autonomie de la volonté puisse réellement fonder la force obligatoire du contrat a été remise en cause. D'abord, cette théorie, si elle révèle la conception subjective du contrat qui prédominait alors, ne reflète pas complètement la réalité des solutions du Code civil. Elle a été formulée, à la fin du XIX^{ème} siècle, pour révéler les insuffisances de la théorie classique du droit des contrats. Pour appuyer leur démonstration, les auteurs ont amplifié le rôle de la volonté dans l'explication des solutions du Code civil, quitte à en aplanir les nuances ou les contradictions[28]. En réalité, le Code civil n'a jamais consacré la toute-puissance de la volonté des parties à un contrat[29]. Ensuite, les postulats sur lesquelles elle repose, et notamment la possibilité pour chacun d'exercer une volonté libre de toute contrainte, ont été remis en cause, en relevant justement que l'autonomie de la volonté ne peut conduire à des contrats justes que si les parties disposent des mêmes armes pour négocier le contenu du contrat. Or, depuis l'adoption du Code civil, les situations dans lesquelles une des parties est en mesure d'imposer ces conditions en raison des contraintes qui pèsent sur l'autre partie n'ont eu de cesse de se multiplier. Plusieurs fondements, venant compléter, voire remplacer, la volonté des parties, ont été formulés pour expliquer la force obligatoire des contrats : conception positive du contrat, solidarisme contractuel, conciliation par le droit objectif

[27] V. notamment GOUNOT, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique.* Paris : A. Rousseau, 1912.
[28] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n^{os} 104 et s.
[29] M. BORYSÉWICZ, art. préc., p. 93.

de l'utile et du juste[30]. Au-delà des différences profondes qui existent parfois entre les fondements proposés, une constante se dégage : le contrat n'est plus appréhendé comme un pur produit de la volonté, il prend une coloration plus objective. Ainsi, des considérations extérieures à la volonté des parties doivent être prises en compte pour déterminer le contenu des contrats, qu'elles tiennent au solidarisme social ou aux impératifs d'utilité sociale et de justice contractuelle. Cette « transformation du droit des contrats »[31] n'est pas spécifique aux contrats de consommation. Toutefois, de nombreuses dispositions consuméristes applicables aux contrats de consommation se rattachent à une conception objective du contrat en ce qu'elles sont guidées par des considérations extérieures à la volonté des parties telles que la détermination du contenu des contrats de consommation par des dispositions impératives, l'interprétation du contrat en faveur du consommateur ou l'éradication des clauses abusives quelle que soit l'altération du consentement du consommateur.

12. L'étude de la sanction des dispositions consuméristes applicables aux contrats de consommation conforte l'idée selon laquelle l'incompétence du consommateur n'est pas la principale cause du déséquilibre des contrats de consommation. En effet, elle renverse la perspective. Plutôt que de s'intéresser au besoin de protection, elle impose d'examiner le comportement du professionnel, qui conditionne l'application des sanctions. Il apparaît alors, que les déséquilibres ne sont pas seulement inhérents à la faiblesse du consommateur, ou même, aux caractéristiques de l'opération de consommation. Ils ont leur origine dans les abus, la mauvaise foi ou l'absence de loyauté des comportements de certains professionnels qui tirent parti de l'incompétence des consommateurs, et surtout, de l'impossibilité matérielle dans laquelle ces derniers se trouvent, pour imposer la conclusion d'un contrat non désiré ou pour proposer des contrats significativement déséquilibrés. A y regarder de plus près, les obligations spécialement imposées aux

[30] Pour une présentation générale de ces différentes théories v. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n^{os} 118 à 120 ; J. GHESTIN , *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n^{os} 182 et s. Plus précisément sur le fondement positiviste du contrat : H. KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33 ; G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie du contrat », *in Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 247 ; sur le solidarisme contractuel v. notamment l'ouvrage collectif : L. GRYNBAUM et M. NICOD (dir.), *Le solidarisme contractuel.* Paris : Economica, 2004 ; et sur le fondement du contrat sur la conciliation par le droit objectif de l'utile et du juste : J. GHESTIN, *op. cit.*, 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n^{os} 223 à 282.

[31] C. THIBIERGE-GUELFUCCI, « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*., 1997, p. 357.

professionnels par les dispositions consuméristes pourraient se fonder sur les principes de bonne foi ou de loyauté contractuelle[32]. Les termes employés par les dispositions consuméristes sont révélateurs. Par exemple, l'interdiction des pratiques commerciales déloyales[33], la prohibition des fraudes[33] et des falsifications[33], l'interdiction des clauses abusives[33], traduisent cette idée. Ce changement de perspectives permet d'envisager le droit de la consommation comme un « élément d'un droit civil professionnel » qui tend à moraliser leurs comportements lorsqu'ils contractent avec des particuliers[34]. Cette moralisation des comportements des professionnels est d'autant plus importante que la violation du droit de la consommation, compte tenu de la standardisation des contrats de consommation, est répétée de nombreuses fois[35]. En ce sens, Monsieur Raymond relève justement que « bien d'autres branches du droit comportent des mesures de protection et il ne viendrait à l'idée à personne de dire que les victimes d'agissements illicites, définis dans ces différentes branches du droit, seraient des incapables »[36]. Il apparait alors que le consommateur n'a pas seulement besoin d'être protégé de son incompétence, il doit être protégé de la mauvaise foi de certains professionnels. Cette justification de l'encadrement des rapports de consommation explique pourquoi le droit de la consommation est également présenté comme un élément permettant de favoriser le libre exercice de la concurrence en assainissant les pratiques des professionnels. Les vertus du droit de la consommation sur la concurrence expliquent l'intervention croissante du droit communautaire en la matière et son influence grandissante sur les dispositions nationales.

B. Un droit sous influence communautaire

13. Les consommateurs occupent une place essentielle dans le fonctionnement du marché, qui peut être défini comme le « lieu de la confrontation d'une offre et d'une demande qui permet la fixation d'un prix »[37]. Leurs décisions individuelles composent la

[32] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*
[33] Soulignés par nous.
[34] D. FERRIER, « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 373.
[35] J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 140 : « La consommation est un phénomène de masse : les intérêts lésés, petits si on les examine un à un, sont considérables si on les prend globalement ».
[36] G. RAYMOND, *op. cit.*, n° 39.
[37] G. CANIVET et C. CHAMPALAUNE, « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 227.

demande. La protection de leur consentement apparait alors comme un élément permettant de favoriser le jeu de la libre concurrence entre les entreprises[38]. L'Union européenne, dont l'objectif principal est la réalisation d'un marché unique concurrentiel, ne pouvait rester longtemps indifférente à la protection des intérêts des consommateurs qui se développait dans plusieurs législations de ses Etats membres. Dès 1975, le Conseil des ministres de la Communauté économique européenne a adopté un programme d'action préliminaire pour la protection et l'information des consommateurs. Depuis, l'influence du droit communautaire[39] dans la politique de protection des consommateurs et dans l'adoption de dispositions spécialement consuméristes n'a cessé de croitre[40], à tel point que l'existence d'un droit communautaire de la consommation peut être affirmée[41].

14. Dans un premier temps, la protection des consommateurs ne relevait pas directement du champ de compétence communautaire. Elle était une compétence par préemption[42], c'est-à-dire une compétence nationale dans laquelle la Communauté économique européenne ne pouvait intervenir que pour le rapprochement des législations des Etats membres qui exerçaient une influence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun[43] ou sur l'établissement ou le fonctionnement du

[38] *Ibid.*, p. 243 : « La protection du fonctionnement libre de la concurrence repose aussi sur un choix éclairé du consommateur, sur son information précise et exacte, sur la réglementation des signes de qualité de nature à influencer son choix, sur la prévention des pratiques faussant son jugement, sur la préservation, enfin et surtout, de son libre consentement. Le droit de la consommation qui doit assurer l'expression de ce choix libre et éclairé vient ainsi conforter le droit de la concurrence dans la préservation du fonctionnement efficace du marché ».

[39] Dans cette étude, même si l'Union européenne a remplacé la Communauté économique européenne depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, l'expression de « droit communautaire » sera préférée à celle de « droit européen », pour désigner tant le droit primaire, que dérivé ou jurisprudentiel, issu des institutions de l'Union européenne. L'expression « droit européen » sera employée pour désigner le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Sur ces questions terminologiques v. E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats.* Paris : LGDJ, 2006, n^{os} 10 à 15.

[40] Sur l'influence du droit communautaire dans le droit de la consommation en France, v. parmi une littérature abondante : J. LAFFINEUR, « L'évolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation », *RED consom.*, 2001, p. 19 ; E. POILLOT, « Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? », *LPA*, 24 novembre 2011, n° 234, p. 34 ; J.-P. PIZZIO, « Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation », *in Le droit communautaire de la consommation*, Paris : La documentation française, 2002, p. 187

[41] E. POILLOT, *op. cit.*, n^{os} 16 et s. ; G. RAYMOND, *op. cit.*, n° 21 *Contra.* J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 43.

[42] GRARD L., « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *in Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, Paris : La documentation française, 2002, p. 141.

[43] Art. 100 du Traité instituant la Communauté économique européenne.

marché intérieur[44]. Dès lors, les raisons de l'adoption de règles uniformes de protection des consommateurs ne pouvaient être motivées par la seule protection de leurs intérêts. L'intervention de l'Union européenne devait trouver sa source dans l'objectif de réaliser un marché commun. La protection du consommateur n'était appréhendée par le droit communautaire que si la disparité des législations nationales en ce domaine était un obstacle à la réalisation de cet objectif[45]. Pourtant, la Communauté européenne a fait preuve de volontarisme en matière de protection des consommateurs. Parfois, la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur semblaient être un prétexte à l'adoption de mesures consuméristes[46]. Ainsi, outre les règlements précisant, de manière très détaillées, les prescriptions applicables à un produit ou à une catégorie de produits, de nombreuses directives ont été adoptées sur ces fondements : la directive n° 85/577/CEE du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux ; la directive n° 87/102/CEE du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres en matière de crédit à la consommation ; la directive n° 90/314/CEE du 13 juin 1990 concernant les voyages, vacances et circuits à forfait et la directive n° 93/13/CE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs[47].

15. Dans un second temps, à partir de l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht le 1er novembre 1993, la protection des consommateurs a été élevée au rang des objectifs de l'Union européenne. Ainsi, l'article 129 A du Traité sur l'Union européenne prévoyait que « la communauté contribue à la réalisation d'un niveau élevé de protection des consommateurs ». Il a été repris, avec quelques modifications, par l'article 153 du Traité d'Amsterdam, puis par l'article 169 du Traité de Lisbonne (Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne entré en vigueur le 1er novembre 2009). La protection des

[44] Art. 100 A du Traité sur l'Union européenne.
[45] T. BOURGOIGNIE, « Droit et politique communautaires de la consommation : Une évaluation des acquis », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 97 et s. ; J.-P. PIZZIO, art. préc., nos 25 et s.
[46] L. GRARD, « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *in Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, Paris : La documentation française, 2002, p. 147.
[47] Pour une présentation de ces directives v. T. BOURGOIGNIE, « Droit et politique communautaires de la consommation : Une évaluation des acquis », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 95 ; J. LAFFINEUR, « L'évolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation », *RED consom.*, 2001, p. 19.

consommateurs peut désormais servir de fondement unique à l'intervention du l'Union européenne. Malgré cela, l'intervention de l'Union européenne en matière de politique de protection est toujours justifiée, au moins en partie, par la réalisation ou le bon fonctionnement du marché commun, ce qui permet d'accroitre l'influence des dispositions communautaires en adoptant des directives d'harmonisation totale.

16. En effet, ces dernières années, l'influence du droit communautaire dans la législation française en matière de protection des consommateurs s'est renforcée. D'une part, la législation française, qui était, par l'exemple, un élément moteur de la politique de protection des consommateurs, à tel point qu'il n'a pas été nécessaire de transposer certaines directives, est devenu un élément suiveur. Les directives européennes entraînent alors des modifications importantes dans le système juridique français. En outre, après avoir adopté des directives sectorielles limitées à un contrat particulier ou à une pratique déterminée, parfois qualifiées de verticales, l'orientation choisie est d'adopter des directives transversales, parfois qualifiées d'horizontales, réglementant de manière générale les pratiques commerciales des professionnels ou applicables à tous les contrats de consommation. L'idée est de renforcer la cohérence et la lisibilité des dispositions relatives aux contrats de consommation mises à mal par l'accumulation de directives sectorielles dans ce domaine. La directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs est une première étape en ce sens. Le choix a été fait de définir de manière générale les pratiques commerciales déloyales qui sont prohibées, plutôt que de dresser une liste limitative des pratiques interdites. Les dispositions qui en sont issues ont alors vocation à se substituer à toutes les dispositions nationales qui ont pour objet de limiter ou de prohiber les pratiques commerciales des professionnels vis-à-vis des consommateurs. Ensuite, la volonté d'adopter une directive cadre qui réviserait huit directives a été formulée par la Commission européenne[48]. Une première proposition de directive a été adoptée le 8 octobre 2008[49]. La révision était limitée à quatre directives. La directive n° 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs a finalement été adoptée le 25 octobre 2011. Elle

[48] *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*. COM(2006), 744 final, n° 4.2.

[49] C. AUBERT de VINCELLES, « Naissance d'un droit communautaire de la consommation », *RDC*, 2009, p. 578 ; G. PAISANT, « Proposition de directive relative aux droits des consommateurs : Avantage pour les consommateurs ou avantage pour les professionnels ? », *JCP G*, 2009, p. 118.

tend à uniformiser l'obligation précontractuelle d'information qui pèse sur le professionnel avant la conclusion de tout contrat de consommation, les règles concernant le droit de rétractation dans les contrats conclus à distance et les contrats conclus, hors établissement ainsi que certaines règles applicables au contrat de vente.

17. D'autre part, l'influence du droit communautaire est d'autant plus grande que, même si elle fait l'objet de vives critiques[50], l'harmonisation totale des législations des Etats membres s'impose progressivement[51]. Les Etats ne peuvent alors ni adopter des législations nationales moins protectrices pour les consommateurs, ni adopter des législations plus protectrices pour les consommateurs. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne, anciennement Cour de justice des communautés européennes, a décidé que la directive relative aux pratiques commerciales déloyales imposait une harmonisation complète des législations des Etats membres. Par ailleurs, la directive cadre n° 2011/83/CE, relative aux droits des consommateurs, consacre expressément le choix de l'harmonisation totale. Mais concernant les sanctions, la marge de manœuvre laissée aux Etats par les dispositions des directives communautaires est beaucoup plus grande. Aucune sanction uniforme n'est prévue. Dans la plupart des cas, les directives communautaires intervenant en matière de protection des consommateurs précisent simplement les lignes directrices qui doivent inspirer les législateurs nationaux lorsqu'ils édictent des sanctions. Ces dernières « doivent être effectives, proportionnées et dissuasives »[52].

18. Si l'influence du droit communautaire en matière de législation consumériste est grandissante, le droit communautaire de la consommation se rapproche des dispositions internes en ce qu'il s'applique principalement aux relations contractuelles des consommateurs et des professionnels.

[50] C. AUBERT de VINCELLES, art. préc., n° 6 et s. ; J. HUET, « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC*, 2011, p. 1070.
[51] *Livre vert sur la révision de l'acquis communautaire en matière de protection des consommateurs*. COM(2006), 744 final, n° 4.5.
[52] Sur ces caractères v. « Caractères des sanctions communautaires », *in L'acquis communautaire – Les sanctions de l'inexécution du contrat.* Paris : Economica, 2006, p. 51.

C. Un droit « enchaîné à la notion de contrat »[53]

19. En raison de l'adoption des dispositions consuméristes par des lois successives et sectorielles, le champ d'application du droit de la consommation a des contours incertains. Il varie en fonction du domaine dans lequel intervient la protection consumériste. Ainsi, si le droit de la consommation est en principe applicable aux rapports entre consommateurs et professionnels, la loi prévoit souvent que les dispositions protectrices des intérêts des consommateurs peuvent également profiter également aux non-professionnels. Certaines dispositions, présentées généralement comme faisant partie du droit de la consommation, et figurant dans le Code de la consommation, s'appliquent même au-delà des rapports entre professionnels et non-professionnels. Par exemple, la législation sur les fraudes et falsifications créée par la loi du 1er août 2005 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, et intégrée aux articles L. 213-1 et suivants du Code de la consommation, s'applique à tous les contrats quelle que soit la qualité des parties.

20. Une constante se dégage toutefois de l'examen des dispositions considérées comme faisant partie du droit de la consommation[54] : les obligations imposées par les dispositions du droit de la consommation le sont, généralement, dans un cadre contractuel. Ainsi, de nombreux contrats spéciaux sont soumis à un régime spécifique par des dispositions consuméristes comme par exemple le contrat de crédit conclu entre un consommateur et un professionnel du crédit, le contrat de fourniture d'électricité ou de gaz naturel, le contrat de service de communications électroniques, ou encore, le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé. En dehors du Code de la consommation, certaines dispositions encadrent également les contrats conclus entre professionnels et consommateurs. Ainsi, les contrats d'assurance sont soumis aux dispositions du Code des assurances. De même, les contrats de voyages à forfait sont soumis au Code du tourisme.

[53] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*. 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 8.

[54] Le contenu du droit de la consommation est sujet à discussion (J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 17 : « une délimitation précise du droit de la consommation […] n'est ni possible, ni utile »). Certains auteurs retiennent une conception très large du droit de la consommation qui regroupait l'ensemble des dispositions dont l'application permettait d'assurer la protection des consommateurs. Cette conception, qui permet d'insérer dans le droit de la consommation certaines règles de théorie générale des contrats comme la théorie des vices du consentement ou la garantie des vices cachés, ainsi que certaines incriminations générales du droit pénal spécial, est minoritaire Elle ne sera pas retenu par la suite parce qu'elle fait perdre toute spécificité à la protection consumériste. Ne seront étudiées que les dispositions dont l'inspiration principale est la protection des intérêts des consommateurs.

Ces dispositions précisent le mode de formation des contrats ainsi que certains éléments de leur contenu. Dans le même ordre d'idée, de nombreuses dispositions, souvent réglementaires, détaillent les caractéristiques que doivent présenter les produits proposés aux consommateurs par les professionnels. Elles participent ainsi à définir le contenu de leurs obligations contractuelles et notamment le contenu de l'obligation de délivrance conforme. D'autres séries de règles ont pour objet d'encadrer un type de contrat. Mais cette fois, ce dernier se caractérise, non pas par l'objet de l'obligation des parties, mais par les modalités de sa formation. Ainsi, les dispositions des articles L. 121-16 et suivants du Code de la consommation encadrent la conclusion des contrats conclus à distance, celles des articles L. 121-21 et suivants encadrent les contrats conclus à la suite d'un démarchage.

21. A côté de ces législations qui s'intéressent à un type particulier de contrats, caractérisés par leur objet ou par les modalités de leur conclusion, de nombreuses dispositions pénales réglementent les pratiques des professionnels vis-à-vis des consommateurs, telles que la prohibition des fraudes et falsifications, ou plus généralement, la prohibition des pratiques commerciales déloyales. L'étude de ces comportements prohibés[55] permet d'établir qu'ils s'inscrivent presque toujours dans un cadre contractuel, et plus précisément, qu'ils sont susceptibles d'être commis dans la phase précontractuelle en vue d'inciter les consommateurs à conclure des contrats. Ces dispositions pénales, *a priori* étrangères au contrat de consommation, s'y rattachent parce que les comportements incriminés ne peuvent être commis que dans le cadre d'un rapport contractuel ou pour favoriser la conclusion d'un contrat. Enfin, de nombreuses dispositions réglementent le contenu du contrat, telles que celles qui prescrivent l'interprétation du contrat en faveur du consommateur ou encore l'éradication des clauses abusives. Il apparaît alors que les dispositions dont l'application n'est pas justifiée par un contrat, déjà conclu ou simplement envisagé, sont rares. Il s'agit essentiellement des règles relatives à la sécurité des personnes, qui concernent l'ensemble des utilisateurs, quels que soient leurs rapports avec le producteur. Ces questions relatives à la sécurité des personnes dépassent le strict cadre du droit de la consommation. Finalement, le droit de la consommation apparaît d'abord comme un droit contractuel. Il s'agit d'un droit spécial,

[55] Sur les comportements pénalement sanctionnés v. *infra* n^{os} 362 et s.

applicable à certains contrats seulement. Pour désigner les contrats soumis à cet ensemble de dispositions dérogatoires au droit commun, l'emploi de l'expression « contrat de consommation » s'est développé.

22. Pourtant, le contrat de consommation n'est pas un contrat nommé. Ainsi, la notion de contrat de consommation n'est ni définie, ni employée par la loi. L'expression avait fait son apparition au moment de l'entrée en vigueur du Code de la consommation à l'article L. 211-1 du Code de la consommation qui disposait « les règles relatives à la garantie des vices cachés dans les contrats de consommation[56] sont fixées par les articles 1641 à 1648, premier alinéa, du code civil reproduits ci-après ». Avec la transposition de la directive n° 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, par l'ordonnance n° 2005-136 du 17 février 2005, l'article L. 211-1 du Code de la consommation a été modifié et l'expression a disparu des termes de la loi. Actuellement, l'expression de « contrat de consommation », au singulier ou au pluriel, est employée par quelques arrêtés[57]. Ces textes n'ont, d'aucune manière, pour objet de réglementer un quelconque contrat de consommation puisqu'ils définissent les programmes d'enseignement ou les modalités d'examen de certaines filières. De même, l'expression de contrat de consommation n'est pas employée en jurisprudence[58].

[56] Soulignés par nous.

[57] Article annexe 2 de l'Arrêté du 28 décembre 2011 fixant le programme d'économie-droit du cycle terminal de la série sciences et technologies du management et de la gestion ; article annexe II de l'Arrêté du 19 mai 2010 définissant la spécialité de certificat d'aptitude professionnelle « distribution d'objets et de services à la clientèle » et fixant ses conditions de délivrance ; article annexe de l'Arrêté du 23 juin 2009 fixant le programme d'enseignement de prévention santé environnement pour les classes préparatoires au certificat d'aptitude professionnelle ; article annexe I de l'Arrêté du 9 avril 2009 portant définition et fixant les conditions de délivrance du brevet de technicien supérieur « assistant de gestion de PME-PMI à référentiel commun européen » ; article annexe de l'Arrêté du 24 juillet 2007 portant définition et fixant les conditions de délivrance du brevet de technicien supérieur " commerce international à référentiel commun européen " ; article annexe de l'Arrêté du 14 décembre 2004 fixant le programme de l'enseignement d'économie-droit en classe terminale de la série sciences et technologies de la gestion.

[58] Une recherche effectuée le 28 août 2012 sur le moteur de recherche experte dans la jurisprudence judiciaire proposé par le site légifrance.gouv.fr. donne un seul résultat pour l'expression exacte « contrat de consommation » dans « tout » : un arrêt de la première Chambre civile du 21 mai 1997. L'expression n'apparaît pas dans le texte de l'arrêt mais dans le titrage.

Elle apparaît alors comme une commodité linguistique qui s'est développée en doctrine[59], et qui désigne les contrats auxquels s'applique le droit de la consommation. Pourtant, certains auteurs doutent de l'existence de la catégorie des contrats de consommation qui serait soumise à un ensemble de dispositions spécifiques[60]. Son encadrement par des dispositions spécialement consuméristes se justifie par les particularités qu'ils présentent.

23. Le contrat de consommation n'est pas un contrat nommé par la loi, il n'est pas non plus un contrat spécial tel qu'il est envisagé traditionnellement. Les contrats spéciaux se distinguent les uns des autres et se caractérisent par l'objet des obligations des parties. Les différentes définitions des contrats spéciaux, nommés par le Code civil, sont, à ce titre, significatives. Elles caractérisent toutes le contrat spécial par les obligations principales des parties. Par exemple, l'article 1582 du Code civil définit la vente comme la « convention par laquelle l'un s'oblige à livrer une chose, l'autre à payer le prix ». De même, l'article 1709 du Code civil définit le bail par les obligations principales des parties comme « un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps, et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige à lui payer ». La qualité des parties au contrat découle alors de la qualification du contrat, celui qui s'engage à transférer la propriété d'un bien contre paiement d'un prix est le vendeur, celui qui s'engage à payer le prix contre la propriété d'un bien est l'acheteur[61].

24. La qualification du contrat de consommation ne peut pas s'opérer en référence aux obligations des parties. En effet, les contrats de consommation sont protéiformes au

[59] Dès 1974, les huissiers de justice intitulent leur congrès national « le contrat de consommation » : *Le contrat de consommation : contribution à l'étude de la condition juridique du consommateur.* Paris : LGDJ, 1974. V. également l'important article de Monsieur Raymond, mettant en lumière l'existence de cette catégorie nouvelle : G. RAYMOND, « Les contrats de consommation », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995, p. 37. Actuellement, l'expression est couramment employée en doctrine, elle commence même à faire son apparition dans les index alphabétiques des manuels généraux de droit des contrats ou de droit des obligations. Ainsi, l'index de l'ouvrage de Madame Fabre-Magnan de 2010 renvoie aux pages 143, 200, 271 et 400 ; celui de Monsieur Bénabent de 2010 renvoie aux n^{os} 24 et 106 ; celui de Messieurs Terré, Simler et Lequette de 2009 renvoie aux n^{os} 74 et 615.

[60] V. par exemple, N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 523 : « Le *contrat de consommation* n'existe pas. […]. Il n'y a que des contrats de consommation, se ressemblant certes, mais non réductibles à une même espèce, voire à un même genre ».

[61] V. toutefois, sur la qualification du contrat de transport : X. HENRY, *La technique des qualifications contractuelles.* Thèse de doctorat, Nancy, 1992, n° 909 et s. L'auteur met en lumière l'originalité de l'opération de qualification du contrat de transport qui dépend de la qualité de professionnel de l'une des parties au contrat.

regard des obligations des parties. Il n'existe pas un contrat de consommation avec des obligations prédéfinies, mais des contrats de consommation qui suivent les catégories des contrats spéciaux déjà existantes : vente, prestation de service, bail, prêt… Parfois, les dispositions consuméristes spécialement applicables aux contrats de consommation donnent naissance à des contrats nommés originaux qui ne sont pas spécialement réglementés par des dispositions générales comme le contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé, le contrat de voyage à forfait ou encore le contrat de courtage matrimonial[62]. Si la qualification de contrat de consommation ne s'opère pas au moyen des obligations principales, elle s'opère par la qualité des parties qui l'ont conclu[63]. Ainsi, le contrat de consommation est un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur[64]. La qualité des parties n'est pas la conséquence de la qualification de contrat de consommation, comme c'est le cas pour les contrats spéciaux, mais son origine. Le contrat de consommation est alors « une famille de contrat », qui s'insère entre la théorie générale des contrats et celle des contrats spéciaux[65].

25. Pour identifier les contrats de consommation, il est donc nécessaire de préciser les notions de professionnels et de consommateurs. Toutefois, ni la notion de professionnel, ni celle de consommateur, ne sont définies par la loi. La notion de professionnel ne soulève quasiment pas de difficulté, il existe un consensus pour admettre qu'il s'agit de « la personne physique ou morale qui agit dans le cadre d'une activité habituelle et organisée de production, de distribution ou de prestation de service »[66]. En revanche, la notion de consommateur est plus incertaine. La difficulté de définir le consommateur est accrue par le fait que ce n'est pas une qualité intrinsèquement liée à la personne : « être consommateur dans un rapport contractuel est une qualité intrinsèquement relative ». La qualité de consommateur est variable. Elle n'est pas fixée une fois pour toute, elle n'a de sens qu'au regard d'un contrat déterminé. Le consommateur se définit par les motivations

[62] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Le contrat de consommation et les contrats spéciaux », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 305, n^{os} 6 et 7.
[63] C. NOBLOT, *La qualité du contractant comme critère légal de protection : Essai de méthodologie législative.* Paris : LGDJ, 2002, n^{os} 31 et s.
[64] G. RAYMOND, « Une catégorie nouvelle : les contrats de consommation », *in Les contrats de consommation : Journée d'étude.* Paris : PUF, 2001, p. 37.
[65] D. POMBIEILH, *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats.* Thèse, Pau, 2002, n° 842 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, art. préc., n° 9.
[66] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation.* Paris : Dalloz, 2010, n° 3.

qu'il poursuit lorsqu'il contracte. Seule l'étude de la cause subjective, de ses mobiles, permet de l'identifier. Ainsi, le consommateur est celui qui contracte pour la satisfaction de ses besoins privés, par opposition à celui qui contracte pour les besoins de sa profession. Mais la frontière entre les deux est poreuse et la jurisprudence tend à intégrer dans la catégorie des consommateurs certains professionnels, soumis aux mêmes difficultés que les consommateurs pour négocier le contrat conclu. Dès lors, la notion de consommateur peut être appréhendée plus ou moins largement, en intégrant ou non certaines personnes morales dans la catégorie des consommateurs et en intégrant ou non certains professionnels, qui agissent en dehors de leur sphère de compétences, ou concluent un contrat sans rapport direct avec leur activité.

26. La doctrine, s'appuyant sur les évolutions jurisprudentielles relatives à cette question, est partagée sur la question de savoir s'il faut retenir une conception étroite ou large de la notion de consommateur[67]. Sans qu'il soit nécessaire de revenir sur les différentes conceptions du consommateur, il faut toutefois préciser celle qui sera retenue dans la suite de cette étude. La notion de consommateur sera appréhendée étroitement comme la personne physique qui contracte avec un professionnel pour la satisfaction de ses besoins privés et familiaux. Cette conception s'impose pour plusieurs raisons. Premièrement, une conception étroite du consommateur semble préférable afin de maintenir la pertinence du concept et l'unité de la notion de consommateur, et par conséquent, celle de la notion de contrat de consommation. Deuxièmement, il ne faut pas confondre le problème de la définition du consommateur et celui du champ d'application des dispositions consuméristes. Ainsi, Monsieur Beauchard remarque qu' « il y a en effet bien plus qu'une nuance entre le fait de dire d'un côté que la notion de consommateur comprend, sous certaines conditions, des professionnels, et de l'autre côté que certaines règles du droit de la consommation peuvent, par analogie, bénéficier à certains professionnels, mais en reconnaissant qu'ils ne sont pas pour autant des

[67] Sur la notion de consommateur, v. notamment parmi une littérature abondante : J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n^os^ 7 et s. ; A. CATHELINEAU, **«** La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive… », *CCC*, 1999, chron n° 13 ; H. CAUSSE, **«** De la notion de consommateur », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995, p. 21M. LUBY, « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence », *CCC*, 2002, chron. n° 14 ; L. LANDY, « Le consommateur européen : une notion éclatée », *in Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 57 ; J. MEL, « La notion de consommateur européen », *LPA*, 31 janvier 2006, n° 22, p. 5 ; G. PAISANT, « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP E*, 1993, I, 267.

consommateurs »[68]. Il est donc possible de retenir une conception étroite du consommateur, pour lequel les dispositions du droit de la consommation seraient systématiquement applicables, en laissant le soin au législateur d'étendre, lorsque le besoin s'en fait sentir, la protection consumériste à d'autres catégories de personnes, par exemple les non-professionnels, visés par certains textes consuméristes[69]. Les non-professionnels pourraient être des personnes morales comme des associations ou des personnes contractant pour les besoins de leur profession, mais sans rapport direct avec leur activité. Troisièmement, une conception étroite du consommateur serait plus conforme à la définition qui est majoritairement retenue par les dispositions du droit communautaire et notamment celles de la directive d'harmonisation totale n° 2011/83/CE relative aux droits des consommateurs qui propose une définition uniforme de la notion de consommateur : 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 commerciale, industrielle, artisanale ou libérale ».

27. La diversité des contrats que recouvre le concept de contrat de consommation peut laisser perplexe sur la possibilité d'en faire un objet d'étude. Le risque est grand de dresser un catalogue de contrats spéciaux, détaillant les obligations spécifiques des parties et les sanctions applicables en cas d'inexécution des contrats. Ce n'est pas la voie qui a été choisie. L'étude menée s'est concentrée sur les problématiques communes à tous les contrats de consommation. Mais cette étude se heurte à l'inexistence d'une théorie générale du contrat de consommation. Ainsi, dans sa thèse publiée en 2002, Madame Rzepecki constate que si le droit de la consommation constitue un rassemblement de normes qui poursuivent une finalité commune, il ne se détache pas pour autant de la théorie générale des contrats pour devenir une branche de droit à part entière, à défaut pour lui, de constituer un ensemble cohérent de normes, applicable aux contrats de consommation[70]. Selon elle, l'absence d'une théorie générale du contrat de consommation trouve sa source « moins dans le manque de spécificité des rapports de consommation

[68] J. BEAUCHARD, « Remarques sur le Code de la consommation », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris : PUF, 1994, p. 9, n° 25.
[69] Sur la notion de non-professionnel v. Ch. GIAUME, « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », *LPA*, 23 juillet 1990, p. 25 ; G. PAISANT, « Retour sur la notion de non-professionnel », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur au doyen Bernard Gross,* Nancy : PUN, 2009, p. 231.
[70] N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat.* Aix-en-Provence : PUAM, 2002.

[…] que dans l'attitude du législateur, plus préoccupé de régir dans le détail des opérations particulières que de s'attacher à la formation ambitieuse d'un droit de la consommation »[71]. Depuis dix ans, la situation n'a pas évolué. Les réformes s'intéressant à la protection des consommateurs sont restées sectorielles et ont eu pour principale ambition de transposer les directives européennes adoptées en la matière[72]. La mauvaise qualité des transpositions, parfois opérée par deux lois successives à moins d'un an d'intervalle, accentue l'incohérence et l'illisibilité du droit de la consommation. Ce constat est dénoncé par une doctrine unanime et de nombreux auteurs appellent de leurs vœux à une véritable refonte du droit de la consommation telle qu'elle a été proposée dès 1985 par la Commission de refonte du droit de la consommation. Les initiatives récentes en ce sens, tant nationales[73] qu'européennes[74], sont décevantes. Finalement, l'incohérence du droit de la consommation nuit à son application et à l'efficacité de la protection des consommateurs. Le droit de la consommation apparaît alors comme un droit en recherche de lisibilité et de cohérence. En raison de la nature essentiellement contractuelle des rapports qu'entretiennent les consommateurs et les professionnels, cette cohérence doit d'abord être recherchée autour d'un régime du contrat de consommation, qui fixerait les règles communes qui leurs seraient applicables.

---

[71] *Ibid*. n° 560.

[72] Par exemple, la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique intervient dans le domaine du commerce électronique ; l'ordonnance n° 2004-670 du 9 juillet 2004 transpose la directive 2001/95/CE sur la sécurité générale des produits ; la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle encadre un contrat de consommation particulier, le contrat de services de communication électronique ; l'ordonnance n° 20056136 du 17 février 2005 transpose la directive 1999/44/CE sur certains aspects de la vente et de la garantie des biens de consommation ; la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation transposant la directive n° 2008/48/CE du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs.

[73] Au niveau national, l'article 35 de la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 pour le développement de la concurrence au service des consommateurs autorisait le pouvoir exécutif à refondre, par ordonnance, le Code de la consommation. Il était habilité à « inclure les dispositions de nature législative qui n'ont pas été codifiées et d'aménager le plan du code ». La compétence qui lui est attribuée est donc limitée. Encore une fois, la voie choisie n'était pas l'élaboration d'un droit de la consommation cohérent, dont les principes directeurs sont dégagés à partir des solutions sectorielles et disparates actuelles. L'ambition était moindre : améliorer la codification à droit constant (Y. PICOD, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *CCC*, 2008, n° 12, Etude n° 12). Cet article a été abrogé et repris par l'article 63 de la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, puis par l'article 71 de la loi n° 2011-1862 du 13 décembre 2011 relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles. Cependant, l'ordonnance n'a jamais vu le jour. En effet, le Conseil constitutionnel a décidé que les dispositions de l'article 71 de la loi du 13 décembre 2011, « insérées en première lecture, ne présentent pas de lien avec les dispositions du projet initial », et qu'en conséquence, l'article 71 de la loi qui lui était soumise était contraire à l'article 45 de la Constitution (Cons. const., 8 décembre 2011, déc. n° 2011-641-DC)

[74] V. *supra* n° 17.

28. Cependant, malgré les imperfections des dispositions spéciales applicables aux contrats de consommation, le principal obstacle à la réalisation d'une protection efficace des intérêts des consommateurs réside dans leur faible application. La sanction apparaît alors comme un des moyens permettant d'assurer l'effectivité de la règle de droit.

II. L'étude de la sanction dans les contrats de consommation

29. Si intuitivement, la notion de sanction ne semble pas soulever de difficulté, elle apparaît, à la réflexion, comme « l'inconnue du droit »[75]. *La notion de sanction* qui sera retenue tout au long de cette étude doit donc être précisée avant de présenter la problématique choisie : *la question de l'efficacité de la sanction dans les contrats de consommation.*

A. La notion de sanction

30. La notion de sanction est intimement liée à la notion même de droit. Dans un sens technique propre au droit constitutionnel, la sanction, encore appelée sanction royale, sanction législative ou sanction des lois, désigne « dans les monarchies constitutionnelles, [l'] acte par lequel le roi participe à l'œuvre législative, sa volonté étant aussi indispensable à la formation de la loi que celle du Parlement »[76]. Ainsi, la sanction donnée consacre une norme comme faisant partie intégrante de l'ordre juridique. Cette acception, proche de celle du terme promulgation, n'est plus utilisée en droit constitutionnel français[77]. De nos jours, le terme de sanction renvoie à l'idée de punition. Plus généralement, il est employé pour désigner les mesures prononcées par une autorité compétente à l'encontre de celui qui a violé une obligation. Cependant, aucun consensus n'existe sur une définition précise de la sanction. Suivant le sens retenu, les mécanismes juridiques constitutifs d'une sanction sont plus ou moins nombreux. Les différentes

[75] Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197
[76] S. GUINCHARD et *al.*, « Sanction des lois », *in Lexique des termes juridiques*, 16ème éd., Paris : Dalloz, 2007.
[77] Pour des exemples de l'emploi du terme sanction dans un sens proche, v. les exemples donnés par Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197.

définitions proposées dans le Vocabulaire juridique de l'Association Henri Capitant[78] reflètent cette diversité : « 1 En un sens restreint, punition, peine infligée par une autorité à l'auteur de l'infraction, mesure répressive destinée à le punir. […]. 2 En un sens plus large, toute mesure – même réparatrice – justifiée par la violation d'une obligation. […]. 3 Plus généralement encore, tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation. » L'élargissement de la notion et l'ambiguïté qui en découle trouvent leur origine dans les études de théorie du droit menées au sujet de l'essence de la règle de droit. L'existence d'une sanction, en tant qu'élément de contrainte étatique, a été élevée au rang de critère permettant de distinguer les normes juridiques des autres règles régissant la vie en société telles que les règles morales ou religieuses. La définition de la sanction s'est donc trouvée subordonnée à l'impératif de dégager un concept suffisamment large, permettant de caractériser toutes les normes juridiques.

31. L'idée selon laquelle la contrainte étatique est le critère du droit est relativement ancienne[79]. La sanction, en tant que manifestation de la contrainte étatique, a logiquement été érigée en critère du juridique. Une règle est juridique parce que la violation de cette règle entraîne l'application d'une sanction par les organes de l'Etat. Cette théorie a connu son apogée avec les idées développées par Kelsen dans son ouvrage *Théorie pure du droit*[80]. A partir d'une définition assez restreinte de la sanction, « mal qui doit être infligé en conséquence d'une certaine conduite et qui consiste dans le retrait de certains biens », il constate qu'il n'existe pas d'ordre moral sans sanction. La sanction de la violation d'une règle morale ou religieuse peut consister dans l'approbation ou dans la désapprobation des autres membres du corps social ou dans une sanction transcendante, châtiment appliqué par une entité : dieu, divinité de la nature, âme des morts… Cependant, la sanction juridique présente une spécificité : « Les sanctions statuées par les ordres juridiques sont des sanctions socialement immanentes, et des sanctions socialement organisées ; par le premier trait, elles diffèrent des sanctions transcendantes ; par le second, des sanctions qui se réduisent à une approbation ou une désapprobation »[81]. La sanction se distingue des autres parce qu'elle est la manifestation de la contrainte

[78] « Sanction », *in Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*.
[79] L.-A. BARRIERE, « Propos introductifs », *in La sanction*, acte du colloque du 27 novembre 2003, Université de J. Moulin, Lyon 3, L'Harmattan, 2007, spéc. p. 14 et s.
[80] H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. de la 2ème éd. par C. Eisemann, Paris : Dalloz, 1977.
[81] H. KELSEN, *op. cit.*, p. 46.

socialement organisée, qui différencie un ordre juridique d'un ordre moral. C'est pourquoi, la sanction ne peut être prononcée que par des personnes habilitées par l'ordre juridique. Ainsi, toute règle dont la violation entraîne une sanction qui consiste en un acte de contrainte étatique est une règle juridique. En outre, sont seules des règles juridiques les règles qui sont sanctionnées. Tirant toutes les conséquences de son raisonnement, Kelsen considère que la norme qui prescrit le comportement à adopter est accessoire par rapport à celle qui établit la sanction. Il distingue les normes primaires qui instituent des sanctions, des normes secondaires qui prescrivent le comportement évitant la sanction. Ces dernières normes se trouvent implicitement contenues dans les normes primaires et sont superflues.

32. Depuis la deuxième moitié du XX^{ème} siècle de nombreuses critiques ont été apportées à l'idée de caractériser les normes juridiques par l'existence d'une sanction, manifestation de la contrainte étatique. La première objection découle de la remise en cause de l'assimilation de la sanction à l'exercice de la contrainte étatique. L'ouvrage de Kelsen contenait déjà les germes d'une remise en cause de l'idée suivant laquelle la sanction se caractérise par l'idée de contrainte étatique. Il a constaté que l'usage de la contrainte étatique n'était pas toujours fondé sur l'existence d'un comportement contraire aux prescriptions des normes juridiques. Dans ces hypothèses, l'exercice de la contrainte ne correspond pas à la définition de la sanction qu'il a proposée initialement[82]. Il relève ainsi que l'enfermement est parfois fondé sur le comportement délictueux de la personne enfermée et dans ce cas peut être qualifié de sanction au regard de la définition qu'il a proposée. Mais l'enfermement ne peut pas être qualifié de sanction lorsqu'il est fondé sur l'existence de simples indices qui laissent supposer que le comportement prohibé par les normes juridiques a été adopté par la personne enfermée (détention préventive), ou même, en l'absence de comportement délictueux établi ou supposé, lorsqu'il est fondé sur la dangerosité de l'individu pour lui ou pour les autres (enfermement psychiatrique). Kelsen a donc proposé une deuxième définition de la sanction, tellement large qu'elle fait perdre toute spécificité au concept : « la notion de sanction peut être étendue à tous les actes de contraintes qui sont prévus par l'ordre juridique, si par cette notion on veut exprimer tout simplement que par de tels actes, l'ordre juridique réagit à un fait ou à une situation

[82] « Mal qui doit être infligé en conséquence d'une certaine conduite et qui consiste dans le retrait de certains biens ».

socialement indésirée et affirme cette indésirabilité par cette réaction »[83]. Ainsi, la sanction n'est plus seulement la réaction à la violation d'une obligation prescrite par une norme juridique mais la réaction à tout comportement socialement nocif, que ce comportement ait été préalablement défini ou non.

33. Certains auteurs ont alors contesté l'idée suivant laquelle la sanction se caractérise par l'exercice de la contrainte étatique. Ainsi, selon Monsieur Virally, « la sanction, […], [n'est] pas un acte de contrainte, mais elle-même une obligation juridique. La contrainte n'appar[aît] finalement que sous la forme d'exécution forcée, si on doit aller jusque-là »[84]. La violation d'une obligation juridique donne lieu au prononcé d'une sanction qui est elle-même une obligation nouvelle. Par exemple, la violation d'une obligation contractuelle est sanctionnée, dans certaines hypothèses, par l'allocation de dommages et intérêts en application des principes de la responsabilité contractuelle. La contrainte, qui se manifeste par l'exécution forcée de la créance de dommages et intérêts, est mise en œuvre uniquement si la sanction n'est pas exécutée volontairement. Le même raisonnement peut être tenu à propos des sanctions pénales. L'obligation de payer une amende ou celle de subir un emprisonnement peut être exécutée volontairement. Cependant, ces sanctions sont rarement exécutées volontairement et le recours à la contrainte est nécessairement plus fréquent. Monsieur Virally définit alors la sanction, indépendamment de toute idée de contrainte, comme « toute atteinte portée à la situation juridique d'un sujet de droit soit par constitution d'obligation nouvelle, soit par déchéance de droit, en conséquence de la violation d'une obligation »[85].

34. Tout en considérant que la sanction constitue le critère de la règle de droit, Monsieur Jestaz développe une idée nouvelle[86]. Selon lui, la sanction n'est pas un acte de contrainte. Il voit dans la sanction le tarif propre à la règle de droit. A la différence des sanctions des règles non juridiques, la sanction des règles juridiques est tarifée. Le tarif doit être entendu largement : il correspond aux conséquences précises attachées à la règle et se confond avec la possibilité pour un juge de tirer une conséquence de la règle de droit. Cette conception amène à une compréhension très extensive de la sanction qui se

[83] H. KELSEN, *op. cit.*, p. 57.
[84] M. VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris : LGDJ, 1960, p. 67 et s.
[85] *Ibid.*
[86] Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197.

confond avec la faculté pour un tribunal de tirer une conséquence tarifée d'une règle juridique. Cette analyse a pour mérite d'insister sur le lien qui existe entre la norme sanctionnée et la sanction mais elle ôte toute spécificité à la sanction. Elle se confond avec la juridicité (même éventuelle) d'une norme juridique. Cette conclusion n'est pas étonnante, car il était recherché dans la sanction le critère de la règle de droit, et la possibilité d'invoquer une règle de droit devant un tribunal la distingue nettement des autres règles régissant la vie en société[87].

35. La seconde objection remet en cause l'idée suivant laquelle la sanction est le critère de la règle de droit. Si les règles dont la violation entraîne l'application d'une sanction sont juridiques, pour autant, toutes les normes juridiques ne sont pas sanctionnées. Traditionnellement, il est admis que la violation d'une obligation naturelle ou la violation du droit international n'entraînent pas le prononcé d'une sanction. Dans l'ouvrage *Le concept de droit*, Monsieur Hart apporte une critique plus profonde[88]. Selon lui, les raisonnements qui soutiennent la thèse selon laquelle les normes juridiques se caractérisent par la sanction qui les accompagne, ne prennent pas en compte la diversité des normes juridiques, et n'envisagent que les normes qui interdisent ou qui autorisent une conduite. En effet, la violation d'une obligation qui découle d'une norme de comportement ou d'un contrat entraîne une sanction. Seulement, un ordre juridique n'est pas composé d'un ensemble de normes uniformes. A côté des règles qui imposent des obligations, il existe des règles « qui confèrent aux simples particuliers le pouvoir de faire des testaments, de conclure des contrats ou des mariages, ainsi que les règles de droit qui accordent des pouvoirs à des autorités, par exemple, à un juge de juger des litiges, à un ministre d'édicter des règles, ou à un conseil de comté d'édicter des règlements »[89]. Ces règles ne connaissent pas, à proprement parler, de sanctions. Ainsi, Messieurs Marty et Raynaud affirmaient : « D'ailleurs prendre la sanction pour le critère de la règle de droit

[87] Pour autant, la possibilité d'invoquer une règle devant un tribunal n'est pas le critère distinctif de la norme juridique mais sa conséquence.
[88] H.L.A. HART, *Le concept de droit*, trad. M. Van De Kerchove, J. Van Drooghenbroeck, et R. Célis, Bruxelles : Publication des Facultés universitaires de Saint-Louis, 1976.
[89] H.L.A. HART, *op. cit.*, p. 43.

n'est-ce pas prendre l'effet pour la cause ? Une règle n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée ; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique »[90].

36. Admettre que la sanction n'est pas le critère de la règle de droit permet d'en dégager une définition plus unitaire et d'en établir les particularités. D'abord et avant tout, la sanction est la conséquence prévue par le droit, attachée à une conduite humaine. A partir de là, plusieurs conceptions de la sanction peuvent être retenues.

37. La conception la plus extensive de la sanction consiste à considérer que toute conséquence juridique d'un comportement humain est une sanction. Cette position est notamment celle de Monsieur Bobbio. Selon lui, il existe à côté des « sanctions négatives » qui interviennent en réaction à la violation d'une obligation, des « sanctions positives » qui interviennent en réaction à un comportement conforme au droit. Les sanctions négatives et les sanctions positives ont une finalité commune. Elles visent à assurer l'effectivité de la règle de droit soit en menaçant le destinataire d'un mal s'il ne la respecte pas, soit en lui promettant un avantage s'il la respecte. Ainsi, la sanction est « la réponse ou la réaction que le groupe social exprime à l'occasion d'un certain comportement […] d'un membre du groupe, dans le but d'exercer un contrôle sur l'ensemble des comportements du groupe et de le diriger vers certains objectifs plutôt que vers d'autres »[91]. Cette théorie permet de dégager la fonction principale de la sanction : renforcer le caractère contraignant des règles de droit et garantir leur application. Mais une définition aussi extensive de la sanction ne peut être retenue dans le cadre de cette étude. Avec cette définition, la sanction tend à se confondre avec l'application du droit lui-même, qui a pour finalité de régir les rapports des hommes vivant en société. Parmi les comportements humains, la transgression des règles juridiques est néfaste pour l'organisation de la vie en société. A ce titre, elle appelle une réaction spécifique : la sanction.

38. A l'inverse, il est possible de retenir une conception très stricte de la sanction. Ainsi, Monsieur Dross considère qu'une mesure peut être qualifiée de sanction seulement

[90] G. MARTY et P. RAYNAUD, *Droit civil. 1, Introduction générale à l'étude du droit*, 2ème éd., Paris : Sirey, 1972, n° 34.
[91] N. BOBBIO, *Essais de théorie du droit*, trad. M. Gueret et C. Agostini, Bruxelles : Bruylant, Paris : LGDJ, 1998, p. 179.

lorsqu'elle aggrave la situation de la personne sanctionnée par rapport à la situation dans laquelle elle se serait trouvée si elle avait respecté la règle violée. Ainsi, toutes les mesures qui consistent uniquement à rétablir la légalité transgressée ne constituent pas une sanction. Il en conclut que la mise en œuvre de la responsabilité contractuelle, l'annulation du contrat pour erreur ou même l'application d'une clause pénale ne sont pas des sanctions tandis que la condamnation à réparer l'entier dommage consécutif à l'inexécution d'une obligation contractuelle plutôt que les seuls dommages prévisibles, l'annulation du contrat pour dol lorsque l'erreur provoquée ne suffisait pas à elle seule à l'obtenir ou l'inefficacité des clauses élusives ou limitatives de responsabilité sont des sanctions de la mauvaise foi d'une partie au contrat. Cette définition met en lumière la profonde différence qui existe entre la répression d'un comportement et la réparation d'un dommage[92]. Mais cette définition de la sanction ne peut être retenue pour la suite de cette étude. Elle conduirait à exclure une catégorie entière de sanctions dont la fonction principale est de réparer le dommage subi par les victimes. En outre, cette conception caractérise la sanction par l'effet qu'elle produit plutôt que par son origine. Or, la sanction est polymorphe, et il est impossible de dresser une liste des mesures, qui par leur effet constituent des sanctions. En outre, l'application d'une mesure simplement réparatrice est pénalisante pour celui qui a violé la loi même si elle n'alourdit pas sa situation par rapport au respect de la loi. En effet, l'auteur du comportement sanctionné espérait toujours échapper aux conséquences de son acte et retirer le profit qu'il espérait de la violation de la loi.

39. Compte tenu de la diversité des types de sanctions, il apparaît donc préférable de définir la sanction par le comportement qui est à l'origine de son application que par l'effet qu'elle produit. La sanction se définit alors comme « l'effet prévu par le droit à la suite de la violation d'un devoir, d'une prescription »[93]. En conséquence, la sanction se distingue des autres conséquences juridiques attachées à un comportement humain en ce qu'elle repose sur une faute. Cette définition se justifie par la fonction essentielle assignée à la sanction. Elle doit assurer le respect et l'effectivité des obligations juridiques en influant sur les comportements humains. L'existence d'une sanction n'a pas d'influence

[92] Sur ce point v. *infra* n[os] 44 et s.
[93] A. MORAND, « La sanction », *in Vocabulaire fondamentale du droit*. Paris : Sirey, 1990, (APD, t. 35), p. 304.

sur les évènements indépendants des actions humaines. En effet, la sanction joue sur la conscience de l'individu, qui en connaissant le comportement prohibé et sa sanction choisira ou non d'adopter un comportement contraire. Cette définition de la sanction, par les évènements qui en sont à l'origine, impose de distinguer au sein d'un même mécanisme ce qui constitue ou non une sanction. Une même mesure peut trouver son origine dans un comportement humain consistant en la violation consciente d'une obligation ou dans un autre évènement. Ainsi, au sein des nombreux faits générateurs de responsabilité civile, des distinctions peuvent être opérées entre ceux, qualifiés de subjectifs, fondés sur une faute, et ceux, qualifiés d'objectifs, reposant sur un autre fondement. La mise en œuvre d'une responsabilité subjective constitue une véritable sanction pour le responsable tandis que la mise en œuvre d'une responsabilité objective apparaît plutôt comme une simple mesure réparatrice prononcée au profit de la victime. Des distinctions identiques, entre sanctions et mesures exclusivement réparatrices, peuvent être opérées au sein des nullités. En effet, la nullité sur le fondement du dol ou de la violence, outre qu'elle tire les conséquences du vice du consentement commis par la victime, sanctionne le comportement fautif de l'auteur du dol ou de la violence. A l'inverse, la nullité prononcée sur le fondement de l'incapacité de l'une des parties au contrat n'est pas une sanction. Elle ne sanctionne pas celui qui a contracté avec un incapable, mais s'applique en faveur de celui qui a été frappé d'incapacité. De même, la nullité prononcée sur le fondement de l'erreur de l'un des contractants n'est pas une sanction. Elle ne sanctionne pas le comportement des partenaires contractuels de l'auteur de l'erreur parce que, normalement, ils ne sont pas responsables de l'erreur commise[94]. Elle ne sanctionne pas non plus l'auteur de l'erreur. Bien au contraire, la nullité intervient au profit de celui qui a adopté le comportement qui en est à l'origine. D'ailleurs, l'auteur de l'erreur est souvent appelé victime de l'erreur. La nullité prononcée sur le fondement d'une erreur est la conséquence d'un comportement humain. Mais, à la différence d'une sanction, l'erreur prise en compte pour la nullité du contrat n'est pas la violation d'une obligation[95].

[94] Sinon, le dol pourrait être invoqué.

[95] En revanche, l'erreur inexcusable, commise à la suite d'un comportement négligent, peut être analysée comme la violation de l'obligation générale de se renseigner. Une erreur inexcusable ne peut pas être invoquée pour obtenir la nullité d'un contrat. L'absence de nullité du contrat apparaît alors comme l'effet juridique, la sanction, de la violation de l'obligation de se renseigner.

40. Les mécanismes qui constituent une sanction, c'est-à-dire qui sont l'effet juridique de la violation consciente d'une obligation sont très variés : emprisonnement, amende, dommages et intérêts, nullité, déchéances… Monsieur Morand a déduit de l'impossibilité de définir la sanction par les mesures qui en prennent la forme, à la fois parce qu'elles sont trop nombreuses et parce que certaines mesures comme la nullité ne sont pas dans toutes les hypothèses une sanction, que « le terme de sanction est ambigu, inutile et nocif »[96]. Il considère, compte tenu de la diversité des sanctions et compte tenu de la fragmentation d'une même mesure entre ce qui est une sanction et ce qui ne l'est pas, qu'il est impossible d'établir des principes juridiques communs aux différentes sanctions. En effet, il est illusoire de vouloir dégager un régime juridique commun à des mesures aussi diverses que l'emprisonnement ou la résolution d'un contrat. De plus, l'éclatement de certains mécanismes comme la nullité rendrait cette étude irréelle.

41. Dans ces conditions, il peut sembler vain d'étudier la sanction de la violation des dispositions consuméristes dans les contrats de consommation, tant le sujet recouvre de mécanismes différents, dans des contrats différents, soumis à des dispositions spéciales disparates. Néanmoins, cette étude, menée dans la perspective de rechercher un régime commun de la sanction dans les contrats de consommation, dépassant les régimes propres à chaque contrat, révèle de nombreux intérêts lorsqu'elle est mise en perspective avec la finalité des sanctions. En effet, au-delà de leur diversité, les sanctions présentent le trait commun d'être une « porte mystérieuse par où le droit pénètre dans le réel »[97] dont l'objectif est d'assurer l'application effective de la règle de droit. Elles participent alors à la réalisation de la finalité poursuivie par la règle sanctionnée, et ce, de deux manières. D'une part, par la menace que leur prononcé fait planer, elles participent à la prévention de la violation de la loi et plus généralement des obligations juridiques. D'autre part, lorsqu'une obligation est violée, leur application tend à rétablir la légalité transgressée et de cette manière, tend à réaliser les finalités poursuivies par la norme dont la violation est sanctionnée. Par conséquent, le choix de la sanction, le choix de ses conditions d'application et le choix de la procédure qui permet de la mettre en œuvre ont une influence capitale sur la capacité de la sanction à renforcer l'effectivité des buts assignés à la règle de droit. Dans cette perspective, l'étude de la sanction ne peut se faire qu'à

[96] C.-A. MORAND, « La sanction », *Vocabulaire fondamentale du droit, APD*, 1990, t. 35, p. 312.
[97] Ph. JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197.

propos d'un ensemble de règles qui tendent vers le même objectif[98]. A cet égard, les dispositions encadrant spécialement les contrats de consommation sont un sujet d'étude particulièrement pertinent. En effet, il a été montré que cet ensemble de normes se caractérise par sa finalité : la protection des consommateurs[99]. A partir de là, l'orientation de la recherche d'un régime commun aux contrats de consommation de la sanction de la violation des dispositions consuméristes s'impose. Elle doit être tendue vers la recherche de sanctions qui renforceront l'effectivité du droit de la consommation et par conséquent, la protection des consommateurs. Autrement dit, la recherche menée doit être orientée vers le problème de l'efficacité des sanctions.

B. La question de l'efficacité de la sanction dans les contrats de consommation

42. L'efficacité n'est pas une notion juridique. Le concept d'efficacité renvoie à ce qui est efficace, c'est-à-dire ce « qui produit l'effet attendu »[100]. Ainsi, l'efficacité est une qualité qui est attribuée à un procédé, une méthode, un produit ou une personne, qui réalise l'objectif qu'il poursuivait ; elle est la capacité à atteindre un objectif préalablement défini. Rechercher l'efficacité suppose alors de comparer le résultat poursuivi et le résultat effectivement atteint. La notion d'efficacité se distingue d'une notion proche, développée en économie : l'efficience. Le terme efficience est un anglicisme issu d'*efficiency*. De manière générale, l'efficience désigne la « capacité de rendement »[101]. Plus précisément, l'efficience est une notion économique qui désigne le rapport entre les résultats obtenus et les dépenses engagées. L'efficience « caractérise un processus qui permet d'atteindre un objectif donné dans les conditions les plus favorables ». Ainsi, l'efficience permet de porter un jugement de valeur sur les résultats obtenus au regard des moyens qui ont été développés pour y parvenir, tandis que l'efficacité permet de porter un jugement de valeur sur les résultats obtenus au regard des résultats espérés. Cependant, lorsqu'une évaluation monétaire est en jeu, efficience et efficacité tendent à se confondre. En effet, dans une perspective marchande, l'objectif d'une entreprise est de réaliser le meilleur résultat avec le minimum de dépense.

[98] Dans le même sens, C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002.
[99] V. *supra* n^{os} 5 et s.
[100] « Efficace », *Le Petit Larousse illustré*. 100ème éd., 2005.
[101] « Efficience », *Le Petit Larousse illustré*. 100ème éd., 2005.

Autrement dit, l'objectif d'une entreprise est d'être la plus efficiente possible. Donc, plus les actions de l'entreprise seront efficientes, plus elles se rapprocheront du résultat espéré et, en ce sens, elles seront efficaces. Mais ce raisonnement ne peut pas être transposé aux normes juridiques. L'efficience d'une norme juridique se mesure en opérant une comparaison entre les coûts engendrés par l'existence de la norme et les gains qu'elle a produits. Si cet élément doit être pris en considération dans l'édiction des normes juridiques, il ne peut occuper une place centrale. Parfois, la réalisation des objectifs poursuivis par le droit nécessite d'engager des moyens supérieurs aux gains monétaires espérés.

43. Le concept d'efficacité est alors un outil mieux adapté pour apprécier la pertinence d'un mécanisme juridique. Appliquée aux normes juridiques, l'étude de l'efficacité est « un mode d'appréciation des conséquences des normes juridiques et de leur adéquation aux fins qu'elles visent »[102]. Elle impose de comparer l'effet attendu de la norme juridique avec l'effet réel qu'elle produit. Elle suppose alors d'identifier au préalable les effets qui sont attendus de l'existence et de l'application d'une norme juridique. Autrement dit, il faut préciser les fonctions assignées à la norme avant de pouvoir en apprécier l'efficacité. Les sanctions poursuivent toutes une fonction commune qui est de favoriser le respect de la règle sanctionnée, de renforcer son caractère contraignant. Elles sont un des moyens qui doit permettre d'assurer l'effectivité de la norme juridique[103]. Malgré cette apparente unité fonctionnelle, les fonctions assignées aux sanctions sont nombreuses et varient au gré de la philosophie dominante dans une société. Les études menées sur les fondements et les buts de la sanction pénale ainsi que celles menées sur les fondements et les fonctions de la responsabilité civile montrent la diversité des fonctions attribuées aux sanctions : intimidation de l'auteur, prévention du dommage, châtiment du coupable, expiation des fautes, rétribution, réparation du dommage causé par le comportement sanctionné ou réadaptation sociale du délinquant.

[102] A.-J ARNAUD et *al.*, « Efficacité », *in Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*. Paris : LGDJ, 1993.
[103] V. en ce sens une des définitions de la sanction proposée par le *Vocabulaire juridique* de l'association Capitant : « Plus généralement encore, tout moyen destiné à assurer le respect et l'exécution effective d'un droit ou d'une obligation ».

44. A partir de l'objectif général attribué aux sanctions, qui est de renforcer l'effectivité du droit, et au regard des différentes fonctions qu'elles peuvent exercer, il est possible de dégager deux moyens principaux par lesquels elles agissent pour la réalisation de cet objectif.

45. D'abord, la sanction produit des effets permettant de renforcer l'effectivité du droit en amont de la violation de l'obligation sanctionnée, et même en dehors de toute application. La menace que son éventuelle application fait planer agit sur la psychologie du destinataire de la norme et l'incite à la respecter de crainte d'être sanctionné. Cet effet exercé par les sanctions est parfois qualifié de préventif parce que la sanction participe à prévenir la réalisation du comportement sanctionné par l'intimidation qu'elle produit. Dans la suite de cette étude, le terme de dissuasion sera préféré. En effet, le terme de prévention contient une équivoque lorsqu'il qualifie la sanction. Ainsi, le terme de sanction préventive désigne, selon les cas, les sanctions dont l'effet doit s'opérer au moyen de l'intimidation avant la réalisation du comportement sanctionné et les sanctions dont l'effet se produit après la violation de la loi pour prévenir la réalisation des éventuels préjudices que le comportement sanctionné pourrait causer. Par ailleurs, même si l'idée de prévention n'est prise que dans la première de ces acceptions, elle recouvre des aspects plus larges que le concept de dissuasion. La fonction préventive de la sanction s'exerce parfois par d'autres moyens que l'intimidation qu'elle crée, comme la neutralisation ou la réadaptation sociale du délinquant. En raison de la place marginale de ces aspects dans la sanction de la violation des dispositions consuméristes, ils ne méritent pas d'attention particulière au sein de cette étude. En outre, la prévention des comportements prohibés ne relève pas de la seule sanction. D'autres motivations que la menace de la sanction incitent au respect des règles juridiques. Parmi elles, l'acceptation de la règle par le corps social est le meilleur gage de son application. Cette acceptation peut être favorisée par d'autres actions, également qualifiées de préventives. Alors, le terme de dissuasion convient mieux à l'idée selon laquelle les sanctions permettent de prévenir la réalisation des comportements prohibés parce qu'il insiste sur l'effet psychologique que son éventuel prononcé exerce sur les destinataires de la norme.

46. Ensuite, la sanction produit des effets permettant de renforcer l'effectivité du droit en aval de la violation de l'obligation sanctionnée. Si par hypothèse, son application ne permet pas de garantir le respect de la règle de droit et donc son effectivité, elle participe

à la réalisation des finalités de la règle transgressée en rétablissant la victime dans la situation qui aurait été la sienne si l'obligation violée avait été exécutée. La sanction produit alors des effets réparateurs et, à défaut de renforcer l'effectivité de la règle de droit, elle renforce l'effectivité de l'objectif que cette dernière poursuivait.

47. La problématique de l'efficacité de la fonction réparatrice de la sanction diffère alors de celle de la fonction dissuasive de la sanction. Pour qu'une sanction exerce efficacement une fonction dissuasive, elle doit agir sur le destinataire de la norme sanctionnée en l'incitant à la respecter. Il en résulte que le choix de la sanction et celui de ces conditions d'application doivent être guidés par cette idée. Alors, ces dernières doivent être indépendantes du dommage que le comportement sanctionné a engendré. En revanche, pour qu'une sanction exerce efficacement une fonction réparatrice, elle doit rétablir la légalité transgressée. Son application doit réparer les préjudices subis par la victime. Il en résulte que la nature de la sanction et ses conditions d'application doivent dépendre du préjudice subi. Ainsi, les sanctions réparatrices seront d'autant plus efficaces que leurs effets se rapprochent des effets qu'aurait produits l'exécution de l'obligation sanctionnée.

48. La diversité des problèmes soulevés par l'efficacité de la fonction dissuasive et par l'efficacité de la fonction réparatrice des sanctions impose de les traiter séparément. Cette distinction rappelle une distinction plus classique opérée entre les sanctions civiles et les sanctions pénales. Désormais bien ancrée, elle date de la fin de l'ancien régime et découle de la séparation de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale[104]. Selon une présentation communément admise, la responsabilité civile et les sanctions qui sont prononcées sur son fondement ont pour finalité de réparer le dommage subi par la victime, tandis que la responsabilité pénale et les sanctions qui sont prononcées sur son fondement ont pour finalité de réprimer les actes définis par la loi comme fautifs et socialement nocifs indépendamment de l'existence d'un dommage[105]. Ainsi, les sanctions civiles sont orientées vers la situation de la victime. Elles interviennent pour compenser le dommage qui a été subi par la victime du fait de la transgression de la règle sanctionnée.

[104] Sur l'apparition de la distinction entre les responsabilités civile et pénale v. G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 3ème éd., 2008, n° 68 et s.
[105] G. VINEY, *Introduction à la responsabilité*, Traité de droit civil, dir. J. GHESTIN, Paris : LGDJ, 3ème éd., 2008, n° 19 à 26 et les références citées.

Elles ont donc une fonction réparatrice. Les sanctions pénales, quant à elles, sont tournées vers la faute de l'auteur de l'infraction. Leur existence comme leur étendue dépendent de la gravité de la faute commise. Par la définition des comportements incriminés et par la menace de la sanction, elles assument un rôle préventif et normatif. Leur fonction répressive s'accompagne alors tout naturellement d'une fonction dissuasive qui se traduit par les différents objectifs assignés aux sanctions pénales. Par ailleurs, la différence entre les sanctions civiles et les sanctions pénales tend à être accentuée par le mécanisme de l'assurance. Seules les fautes civiles sont assurables. Il en résulte que le poids des sanctions civiles ne repose pas sur l'auteur de la faute et se trouve reportée sur l'assureur de responsabilité[106]. La fonction dissuasive exercée en partie par les sanctions civiles s'efface. Les sanctions pénales assument alors seules un rôle dissuasif. Il semble alors que la distinction des sanctions fondée sur la nature civile ou pénale de la sanction tend à se confondre avec celle fondée sur sa fonction réparatrice ou dissuasive.

49. Pourtant, la distinction de l'étude des sanctions civiles, d'une part, et l'étude des sanctions pénales d'autre part, n'est pas pertinente pour analyser distinctement l'efficacité de la fonction réparatrice de la sanction et l'efficacité de la fonction dissuasive de la sanction. En effet, la distinction entre sanction civile et sanction pénale ne s'opère pas toujours en fonction du rôle que les sanctions assument. La répartition des fonctions assignées à ces sanctions telle qu'elle est traditionnellement présentée doit être nuancée. D'ailleurs, Madame Viney constate « l'interpénétration des fonctions respectives des responsabilités civile et pénale »[107]. Cela signifie que d'un côté, certaines sanctions pénales exercent le rôle réparateur normalement dévolu aux sanctions civiles. De manière générale, les peines ont toujours exercé une certaine fonction réparatrice à l'égard de la société et des victimes de l'infraction par la rétribution qu'elles exercent. Elles ont vocation à rétablir l'équilibre qui a été rompu par la violation de l'obligation pénale, en infligeant un mal à l'auteur de l'infraction en compensation de celui qu'il a causé à la société et aux victimes. Mais la rétribution ne se confond pas avec la réparation des dommages consécutifs à la commission de l'infraction. Elle agit à un niveau moral tandis

[106] *Ibid.*, n° 75.
[107] *Ibid.*, n° 68. V. également B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale,* Paris : LGDJ, 2007 : « Plus on s'enfonce dans l'étude de ces concepts, plus le critère de distinction entre peine et réparation se brouille, donnant au droit pénal la possibilité de s'ouvrir à des préoccupations réparatrices, et au droit civil la possibilité de s'ouvrir à des préoccupations répressives ».

que la réparation compense matériellement le dommage subi par la victime de l'infraction. D'un autre côté, l'effet dissuasif des sanctions n'est pas réservé aux sanctions pénales. En effet, l'effet dissuasif des sanctions civiles a toujours été reconnu[108]. Il s'exerce le plus souvent de manière secondaire par rapport à l'effet réparateur qu'elles produisent pour les victimes de la violation sanctionnée. Mais parfois, le rôle dissuasif de certaines sanctions civiles est prépondérant et elles s'apparentent à de véritables peines privées.

50. Il est alors nécessaire de dépasser cette classification et de distinguer d'une part, *l'efficacité de la fonction réparatrice des sanctions dans les contrats de consommation (Partie 1)* et d'autre part, *l'efficacité de la fonction dissuasive de la sanction dans les contrats de consommation (Partie 2).*

[108] A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Mélanges Ancel*, Pedone, 1972, p. 407.

Partie 1

L'efficacité de la fonction réparatrice des sanctions dans les contrats de consommation

51. La réparation est intimement liée au concept de préjudice[109]. En effet, elle tend à effacer le préjudice en rétablissant la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de violation de la loi. Dans une perspective réparatrice, l'efficacité d'une sanction se mesure alors au regard de sa capacité à réparer le dommage. Il ne faut pas seulement rechercher la sanction efficace par catégorie de dispositions susceptibles d'être violées : obligations précontractuelles d'information, exigences du formalisme informatif, obligation relatives aux clauses des contrats… L'étude de l'efficacité de la fonction réparatrice de la sanction de la violation des dispositions consuméristes dans les contrats de consommation doit suivre les différents préjudices causés par la violation de la loi afin de vérifier que les conditions actuelles de la sanction sont adaptées à cet objectif. Ainsi, la diversité des obligations violées peut être dépassée dans la perspective d'élaborer un régime commun de la sanction de la violation du droit de la consommation. Cette dernière, apparaît alors comme toute condition de sanctions principalement réparatrice,

[109] M.-E. ROUJOU de BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*. Paris: LGDJ.

mais elle ne suffit pas à déclencher son application. L'application de la sanction doit être subordonnée à la démonstration d'un préjudice. Il est alors proposé de distinguer la question de l'efficacité de la sanction autour de celle des préjudices subis par le consommateur plutôt qu'autour de celle du type de violation commise par le professionnel. Ainsi, *la réparation de l'inutilité du contrat de consommation (Chapitre 1)* sera étudiée avant *la réparation de l'injustice du contrat de consommation (Chapitre 2)*[110].

[110] Cette distinction fait écho à la proposition de Monsieur Ghestin de renouveler les fondements du contrat autour de considérations d'utilité et de justice. V. J. GHESTIN J., *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, nos 223 et s.

Titre 1

La réparation de l'inutilité du contrat de consommation

52. L'utilité n'est pas une notion juridique. Elle apparaît plutôt comme une notion explicative qui permet de justifier l'annulation du contrat dans une perspective réparatrice. Pourtant, elle n'est pas inconnue du langage juridique[111]. L'utilité s'entend du « fait de servir à quelque chose »[112]. En l'occurrence, l'utilité d'un contrat correspond à l'intérêt qu'il présente pour les parties. Elle correspond à la notion de cause du contrat entendue largement, c'est-à-dire à la faculté pour le contrat d'atteindre les buts pour lesquels il a été conclu. Ainsi, l'utilité du contrat « peut être comparée à la fusion des causes objectives et subjectives dans la théorie du contrat »[113]. L'utilité est donc très variée et très variable d'un contractant à un autre. Dès lors, le contrat de consommation est utile pour le consommateur lorsqu'il lui permet de satisfaire ses besoins privés ou familiaux, ou ses désirs, même les plus futiles et les plus compulsifs. Il en résulte que la détermination des hypothèses dans lesquelles le contrat est inutile pour l'une des parties est complexe parce que l'utilité du contrat est subjective et qu'elle dépend de l'intérêt recherché par le consommateur au moment de la conclusion du contrat. Mais parfois,

[111] Le mot apparaît dans de nombreux textes sans qu'un sens technique distinct du droit commun lui soit attribué. Certains textes envisagent l'utilité d'un contrat. Par exemple, l'article 220, alinéa 2 dispose que la solidarité entre époux n'a pas lieu « pour des dépenses manifestement excessives, eu égard au train de vie du ménage, à l'utilité ou à l'inutilité [soulignés par nous] de l'opération, à la bonne ou mauvaise foi du tiers contractant ».

[112] « Utilité », *Le petit Larousse illustré.* 100ème éd., 2004.

[113] C. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002, n° 39.

l'inutilité du contrat peut être caractérisée objectivement, quelles que soient les aspirations d'un consommateur individualisé.

53. Toutes les situations d'inutilité du contrat ne sont pas sanctionnées par le droit positif. Ainsi, lorsque l'inutilité du contrat résulte d'une erreur commise spontanément par l'une des parties, mais que celle-ci est inexcusable, le contrat ne sera pas annulé. Mais, lorsque l'inutilité du contrat pour une des parties trouve sa cause dans la faute de l'autre partie[114], alors celle-ci devrait être prise en considération et ses conséquences devraient être systématiquement réparées.

54. La réparation de l'inutilité du contrat provoquée par la faute du professionnel prend la forme de l'anéantissement du contrat de consommation. L'origine de l'inutilité du contrat trouvant sa source dans les conditions dans lesquelles le contrat a été formé, l'annulation du contrat semble être la sanction la mieux adaptée à réparer le dommage induit. Aussi, l'étude se concentrera sur la nullité du contrat, et plus particulièrement sur l'efficacité de cette sanction venant réparer le dommage subi par le consommateur. Parfois, les dispositions du droit positif sont trop extensives et autorisent l'anéantissement du contrat même s'il ne répare pas efficacement le préjudice subi par le consommateur. D'autres fois, les dispositions du droit positif sont trop strictes et ne permettent pas d'anéantir un contrat alors que cette mesure réparerait efficacement le préjudice du consommateur. Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles a très bien montré, dans sa thèse intitulée *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*[115], que

[114] L'étude qui sera menée tout au long de ce chapitre sera circonscrite aux mesures qui constituent des sanctions au sens où nous l'avons défini. Une mesure est une sanction lorsqu'elle est la conséquence de la violation fautive d'une obligation. Ainsi, l'anéantissement du contrat ne sanctionne le professionnel que si elle intervient à la suite, et en raison de, son comportement fautif. V. *supra* n^{os} 30 et s. Dans ces hypothèses, la sanction répare les conséquences dommageables pour le consommateur d'une faute commise par le professionnel. L'existence d'une faute du professionnel peut être facilement admise et elle est, en pratique, très fréquente. Elle existe dès qu'il viole l'une des nombreuses obligations légales ou règlementaires qui sont mises à sa charge à l'occasion d'un contrat de consommation, ou dès qu'il viole l'une des obligations contractuelles découlant dudit contrat. Cependant, la faute ne se cantonne pas à la violation d'une obligation préalablement définie par la loi (au sens matériel du terme) ou par le contrat. Il y a faute dès lors qu'il existe un écart de conduite par rapport à une norme de comportement. Concrètement, la violation de l'obligation de loyauté ou de bonne foi qui s'impose à tout contractant, même au cours de la période précontractuelle, constitue une faute. Le modèle pris en référence pour l'appréciation de la faute, s'il est en principe abstrait, est individualisé en fonction des caractères propres de la personne dont le comportement est examiné. Ainsi, les exigences sont plus importantes pour le professionnel, et la faute d'autant plus facilement caractérisée.

[115] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002.

l'efficacité de la nullité dépendait étroitement de la notion d'utilité du contrat. Elle a étudié la nullité en tant que sanction de l'altération de l'altération du consentement, sous le « prisme de l'efficacité » de cette sanction à remplir les fonctions réparatrice et dissuasive qui lui sont assignées. Concernant la fonction réparatrice de la nullité, elle observe qu'elle « ne remplira […] efficacement sa fonction réparatrice que dans l'hypothèse où la victime n'aurait pas contracté si la règle avait été respectée »[116]. En effet, l'anéantissement rétroactif du contrat, conséquence de sa nullité, a le même effet que l'absence de conclusion du contrat. Elle déduit ensuite les hypothèses dans lesquelles l'annulation du contrat est une mesure qui répare efficacement l'altération du consentement à partir du critère de l'utilité du contrat. Ainsi, lorsque le contrat conserve une utilité pour le contractant, soit qu'il aurait contracté à d'autres conditions, soit qu'il est dépendant au contrat, alors la nullité est une mesure qui répare inefficacement l'altération du consentement parce qu'elle ne correspond pas à ce qui se serait passé en l'absence d'une telle altération[117]. Inversement, lorsque le contrat ne présente aucune utilité pour le contractant en raison de l'altération du consentement, la nullité est une sanction pleinement efficace parce qu'elle rétablit la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'altération de son consentement[118].

55. Il ressort de ces observations qu'il est nécessaire d'étudier les conditions, les modalités de mise en œuvre et les effets de la nullité, afin de vérifier si elle assume efficacement la fonction réparatrice qui lui est assignée, et le cas échéant, de proposer des modifications permettant de renforcer son efficacité. L'inutilité du contrat est le critère d'appréciation de l'efficacité des sanctions ayant pour effet d'anéantir le contrat de consommation. Le contrat doit être supprimé si, en raison de la faute du professionnel, il ne présente aucun intérêt pour le consommateur. Dès lors, l'anéantissement du contrat est une sanction efficace si elle est prononcée dans toutes les hypothèses dans lesquelles la faute du professionnel provoque l'inutilité du contrat. A l'inverse, la nullité est une sanction inefficace lorsque : soit ses conditions et les modalités de sa mise en œuvre font obstacle au prononcé de la nullité alors même que le contrat est inutile pour le consommateur en raison de la faute du professionnel, soit lorsqu'elles permettent son

[116] *Ibid*. n° 37.
[117] *Ibid*. n^{os} 41 à 43 et n^{os} 47 à 56.
[118] *Ibid*. n^{os} 44 à 46.

prononcé à des situations dans lesquelles le contrat conserve une utilité pour les deux parties. Dans ce cas, d'autres sanctions, plus efficaces à réparer le préjudice subi par le consommateur, doivent être prévues. L'étude *des fondements actuels de la nullité du contrat de consommation révèle leur inefficacité (chapitre 1)*. Il est donc nécessaire d'apporter des solutions en vue de fixer les bases d'un système qui rendrait efficace la nullité du contrat de consommation et ainsi *de restaurer l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité des contrats de consommation (chapitre 2).*

Chapitre 1

L'inefficacité des fondements actuels de la nullité du contrat de consommation

56. Classiquement, l'annulation du contrat est prononcée lorsqu'une des conditions de validité imposées par l'article 1108 du Code civil fait défaut c'est-à-dire : si l'une des parties est incapable, si le consentement de l'une des parties est vicié, si l'obligation de l'une des parties n'a pas de cause, repose sur une fausse cause ou si les motifs déterminants de l'une des parties sont illicites, ou encore, si l'objet de l'obligation de chaque partie n'est pas déterminé, possible et licite. Pour les contrats solennels, s'ajoute à ces causes de nullité l'inobservation des formes prescrites à titre de validité du contrat.

57. Parmi ces causes d'annulation du contrat, toutes n'ont pas pour objet de réparer le préjudice subi par l'une des parties qui se manifeste par l'inutilité du contrat. Parfois, la nullité s'analyse comme la sanction d'un défaut objectif comme l'inobservation des règles de formes nécessaires à sa validité, ou la contrariété du contrat à l'ordre public ou aux bonnes mœurs[119]. Dans ces hypothèses, la nullité du contrat n'est pas une mesure réparatrice pour l'une des parties, mais elle participe à assurer le respect des règles impératives et de l'ordre public. L'annulation du contrat peut alors être prononcée même s'il conserve une utilité pour les deux parties. Par exemple, si l'objet de l'obligation est illicite, comme lors d'une vente de stupéfiants, le contrat doit être annulé sans prendre en considération l'utilité que le contrat présente, ou non, pour les deux parties parce qu'il est

[119] M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles.* Paris : LGDJ, 2002.

contraire à l'ordre public. Pour étudier l'efficacité réparatrice de la nullité du contrat de consommation, il est donc nécessaire d'isoler les causes d'annulation du contrat qui tendent à réparer le préjudice subi par l'une des parties. En effet, l'étude de l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité n'a de sens que si elle est amenée à exercer effectivement une fonction réparatrice. Il s'agit des nullités relatives qui sont prononcées dans l'intérêt particulier de l'une des parties : incapacité de la partie contractante, vice du consentement, absence de cause ou défaut d'objet.

58. Cependant, toute mesure réparatrice n'est pas nécessairement une sanction[120]. Il en est de même pour les nullités réparatrices. Elles ne sont une sanction que si elles sont la conséquence d'un comportement fautif. La recherche menée sera centrée sur l'examen des sanctions des comportements fautifs des professionnels commis à l'occasion d'un contrat de consommation. Dès lors, seule l'efficacité réparatrice des nullités qui sanctionnent un comportement défaillant du professionnel sera examinée, plus précisément encore lorsqu'elle sanctionne le dol ou la violence du professionnel[121].

59. Les dispositions du droit commun des contrats sanctionnant le dol et la violence ne sont pas les seuls fondements de l'annulation du contrat de consommation reposant sur la faute du professionnel. Leur rôle n'est, dans cette matière, que résiduel[122]. Certaines dispositions protectrices des intérêts des consommateurs disposent expressément que l'inobservation des obligations légales ou règlementaires est sanctionnée par la nullité du contrat. Dans ces hypothèses, la nullité est de droit et le juge n'a pas la faculté d'apprécier l'influence de la violation de la disposition ainsi sanctionnée sur le consentement du consommateur. En outre, même lorsque la nullité n'est pas expressément prévue, la jurisprudence tend à prononcer automatiquement cette sanction, du seul fait de la violation de dispositions consuméristes protectrices du consentement du consommateur. L'étude des conditions et du régime de la nullité du contrat intervenant comme la sanction

[120] Sur la notion de sanction v. *supra* n[os] 30 et s.

[121] D'ailleurs, ces comportements constituaient en droit romain des délits qui étaient sanctionnés indépendamment du vice qu'ils pouvaient provoquer dans le consentement de l'autre partie, avant de devenir un fondement possible de la nullité du contrat. P. CHAUVEL, « Dol », *Rép. civ. Dalloz*, 2006 ; M. CUMYN, *op. cit.* ; F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph SIMLER, *Droit civil : les obligations.* 10[ème] éd., Paris : Dalloz, 2009, n° 206 ; G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. 4[ème] éd., Paris : LGDJ, 1949, n° 47. Les autres causes de nullité ne sanctionnent pas directement un comportement fautif du professionnel. En tout cas, sur ces autres fondements, la faute du professionnel n'est pas une condition de l'annulation du contrat.

[122] V. *infra* n[os] 97 et s.

de la faute du professionnel révèle des obstacles à son efficacité, quel que soit le fondement retenu. Ainsi, *la nullité de droit fondée sur la seule violation des dispositions consuméristes paraissent excessives (section 1)*, alors que *la théorie des vices du consentement présente des carences (section 2).*

Section 1. Les excès de la nullité de droit fondée sur la seule violation des dispositions consuméristes

60. Dans sa thèse, Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles aborde la question des sanctions automatiques qu'elle définit comme « toute sanction prononcée dès le constat d'une règle violée sans que le juge s'assure de l'adéquation des effets de la sanction à ceux de la violation »[123]. La nullité, qui sanctionne la violation de l'une des conditions de formation des actes juridiques, peut être qualifiée d'automatique lorsqu'elle trouve son fondement dans la seule violation d'une règle impérative, sans qu'il soit, ni besoin, ni même possible, de prendre en considération d'autres éléments tels que l'existence d'un préjudice causé par la violation de la règle. Ainsi, le juge ne dispose d'aucun pouvoir d'appréciation et il prononce la nullité de droit dès que la violation de la règle est constatée. Pour les contrats de consommation, la nullité est de droit lorsqu'elle est prononcée sur le seul fondement de la violation de dispositions consuméristes, sans examiner son influence sur le consentement du consommateur. Les nullités de droit sont très nombreuses en droit de la consommation et tendent à se généraliser sous l'impulsion de la jurisprudence. Cette forme de nullité, en sanctionnant l'inobservation des dispositions protectrices du consentement du consommateur, permet parfois de réparer le préjudice subi par le consommateur qui a conclu un contrat inutile en raison de la faute du professionnel. Toutefois, l'examen du *régime des nullités de droit (§1)* révèle des *obstacles à l'efficacité de leur fonction réparatrice (§2)*.

[123] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, n° 214.

§1. Le régime des nullités de droit

61. Tandis que, pour les contrats de consommation, *le domaine des nullités de droit (A)* tend à s'étendre, *leur nature (B)* demeure discutée.

A. Le domaine des nullités de droit

62. Les dispositions consuméristes sont rarement assorties de sanctions civiles. Ainsi, *les nullités textuelles sont éparses (1)*. Leur domaine est toutefois beaucoup plus large en raison de *la généralisation des nullités de droit par la jurisprudence (2).*

1. Des nullités textuelles éparses

63. Afin de protéger le consommateur dans ses rapports avec les professionnels, le législateur a introduit de nombreuses dispositions qui ont pour objet d'encadrer la formation des contrats de consommation et d'améliorer le consentement du consommateur : obligations précontractuelles d'information, mentions informatives, délais de réflexion, facultés de rétractation… Ces dispositions tendent à assurer au consommateur un consentement libre et éclairé. Leur violation peut conduire à la conclusion d'un contrat inutile pour le consommateur. La nullité semble, *a priori*, une sanction particulièrement adaptée aux manquements du professionnel à la législation consumériste. Curieusement, les hypothèses dans lesquelles le législateur a prévu expressément la nullité du contrat de consommation sont rares et disparates[124].

64. D'abord, la nullité du contrat est prévue par un texte lorsque certaines exigences du formalisme informatif n'ont pas été respectées par le professionnel. Ainsi, l'article L. 121-23 du Code de la consommation dispose que le contrat de consommation, conclu à la suite d'un démarchage à domicile, doit être annulé lorsque le professionnel n'y fait pas figurer les mentions informatives imposées par ce texte. De même, l'article L. 121-79-5

[124] Au 31 août 2012, le moteur de recherche du site legifrance.gouv.fr donne quarante résultats pour une « recherche experte » : « nullité », expression exacte ou « nul » expression exacte. Sur ces quarante résultats, douze articles du Code de la consommation prévoient la nullité du contrat de consommation en cas d'inobservation de certaines dispositions de ce Code. Deux articles supplémentaires et une annexe à un article prévoient la nullité partielle du contrat de consommation. Les autres résultats sont présent dans des annexes qui établissent les conditions des contrats de consommation, concernent la nullité des actes de procédure ou ne contiennent pas l'une des expressions recherchées.

du Code de la consommation dispose que la violation des prescriptions relatives aux contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de produit de vacances à long terme, de revente et d'échange, qui encadrent notamment les informations transmises au consommateur avant et au moment de la conclusion d'un de ces contrats, est sanctionnée par la nullité du contrat. Ainsi, l'annulation du contrat doit être prononcée lorsque l'offre de contrat ne contient aucune des mentions informatives imposées par la loi. La nullité affecte aussi bien le contrat de réservation que l'acte authentique conclu par la suite[125]. Dans le même ordre d'idées, lorsqu'il s'engage en qualité de caution personnelle, que ce soit pour garantir des dettes privées[126] ou professionnelles[127], le consommateur doit apposer au contrat des mentions manuscrites qui lui permettent de saisir la portée de son engagement. Elles sont imposées à titre de validité du contrat[128].

65. Ensuite, la nullité du contrat est prévue lorsque le professionnel ne s'est pas assuré du respect des dispositions garantissant l'effectivité des délais de réflexion ou de rétractation dont dispose le consommateur pour réfléchir à son engagement. Par exemple, dans les contrats conclus à la suite d'un démarchage, la clause selon laquelle le consommateur renonce à la faculté de rétractation prévue par l'article L. 121-25, alinéa 2, du Code de la consommation est « nulle et non avenue ». De même, selon les dispositions de l'article L. 311-39 du Code de la consommation, le prêt viager hypothécaire accepté par le consommateur avant l'écoulement d'un délai de réflexion de dix jours est nul.

66. Le contrat de consommation peut également être annulé en raison de l'objet de l'obligation du consommateur ou de celui de l'obligation du professionnel. Ainsi, le contrat est annulé si le consommateur s'engage, lorsqu'il fait une demande de crédit pour financer l'acquisition d'un bien, à payer au comptant en cas de refus du prêt[129], ou encore lorsqu'il envisage, dans une location avec option d'achat, de payer au comptant en cas de refus du bailleur d'accorder le crédit[130]. Si dans ces hypothèses, c'est le consommateur qui s'engage à une obligation contraire à la loi, le professionnel n'en est pas moins fautif.

[125] Civ. 3ème, 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.836 ; *Bull. civ. III*, n° 14.
[126] Art. L. 313-7 et L. 313-8 C. consom.
[127] Art. L. 341-2 et L. 341-3 C. consom.
[128] Cette solution diffère de celle adoptée pour les cautionnements régis par les dispositions du Code civil. En effet, la mention manuscrite de la caution non commerçante, imposée par l'article 1326 du Code civil, l'était *ad probationem* : Com., 29 janvier 1991, pourvoi n° 89-14.162 ; *Bull. civ. IV*, n° 42.
[129] Art. L. 311-39 C. consom.
[130] Annexe à l'art. R. 311-5-1 C. consom.

En effet, ce dernier a la maîtrise des conditions du contrat de crédit à la consommation, et la marge de négociation dont le consommateur dispose pour refuser cet engagement est quasiment inexistante. Le vendeur peut, en outre, tromper le consommateur sur la nécessité de prendre un tel engagement, ou le contraindre en subordonnant la transmission de la demande de crédit à cet engagement. En sanctionnant l'inobservation de ces dispositions par la nullité du contrat, le législateur fait peser l'obligation de veiller au respect de la loi sur le professionnel.

67. Toujours dans le domaine des contrats de crédit, une personne ne peut, à peine de nullité, se charger ou proposer d'effectuer certains services contre rémunération à un consommateur qui est déjà engagé dans un ou plusieurs contrats de crédits, tels qu'examiner sa situation pour établir un plan de remboursement, rechercher l'obtention de délais de paiement ou l'obtention de remises de dette, ou intervenir pour les besoins d'une procédure de surendettement[131].

68. Enfin, la nullité sanctionne certaines pratiques des professionnels qui tendent à exercer une pression sur le consentement du consommateur. Les contrats de consommation conclus à la suite d'une pratique commerciale agressive, infraction introduite récemment aux articles L. 122-11 et suivants du Code de la consommation, sont nuls en application de l'article L. 122-15 du Code de la consommation. En raison de la très large définition des pratiques commerciales agressives, cette disposition a une portée pratique considérable et de nombreux contrats de consommation pourraient être remis en cause sur ce fondement. La même solution est désormais adoptée pour une pratique commerciale agressive définie spécifiquement : le contrat de consommation doit être annulé lorsqu'il est conclu consécutivement à la mise en œuvre d'une vente ou d'une prestation de service sans commande préalable[132].

La conformité de ces dispositions à celles de la directive communautaire n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs est douteuse. En effet, selon l'article 3, paragraphe 2, de la directive,

[131] Art. L. 321-1 C. consom.

[132] Art. L. 122-3 C. consom. La nullité du contrat conclu à la suite d'une vente ou d'une prestation de service sans commande préalable n'est prévu par ce texte que depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Précédemment, la nullité n'était pas expressément prévue par le texte.

« la présente directive s'applique sans préjudice du droit des contrats, ni, en particulier, des règles relatives à la validité, à la formation ou aux effets des contrats ». Cette disposition a pour objet de prévenir les problèmes de compatibilité des dispositions de cette directive avec les autres directives communautaires, protectrices des intérêts des consommateurs, qui ont une influence sur les contrats de consommation. Il en résulte également que le champ d'intervention de cette directive se limite à la définition des pratiques commerciales déloyales prohibées. Elle n'a pas vocation à servir directement de fondement dans un litige contractuel opposant un consommateur et un professionnel. La question se pose alors de savoir si l'inobservation de la directive relative aux pratiques commerciales déloyales permet de fonder des sanctions qui se rapportent à la validité d'un contrat de consommation, et notamment si la constatation d'une pratique commerciale déloyale peut fonder, à elle seule, la nullité du contrat. La question a été abordée à l'occasion d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne rendu le 15 mars 2012[133]. En l'espèce, le problème était de savoir si l'insertion d'une clause indiquant un taux effectif global inférieur à la réalité dans un contrat de crédit constitue également une pratique commerciale déloyale au sens de la directive de 2005. Dans l'affirmative, la juridiction de renvoi demandait également si la qualification de pratique commerciale trompeuse a une influence sur l'appréciation du caractère abusif de la clause dont l'insertion constitue une pratique commerciale déloyale d'une part, et si elle a une influence sur la sanction de la clause abusive ainsi insérée et si elle permet de fonder la nullité de l'entier contrat d'autre part.

La Cour de justice de l'Union européenne a dit que l'insertion d'une clause, dans un contrat de crédit, indiquant un taux effectif global inférieur à la réalité constitue une pratique commerciale trompeuse, si elle altère ou est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur moyen. Une telle qualification n'implique pas nécessairement le caractère abusif de la clause dont l'insertion constitue une pratique commerciale trompeuse[134]. Néanmoins, elle constitue un élément d'appréciation, parmi d'autres, qui doit être pris en considération par le juge lorsqu'il apprécie le caractère abusif d'une clause[135]. En revanche, la qualification de pratique commerciale trompeuse

[133] CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; *JCP G*, 2010, p. 1171, note G. PAISANT ; *RTD com.*, 2012, p. 386, note D. LEGEAIS.
[134] *Ibid.*, § 44.
[135] *Ibid.*, § 43.

n'a pas d'influence sur le choix de la sanction, qui doit être déterminée en application des seules dispositions issues de la législation des clauses abusives[136].

Cette décision n'interdit pas expressément à un Etat membre de fonder la nullité du contrat de consommation sur la seule constatation d'une pratique commercial déloyale. Mais elle ne le permet pas non plus. La question n'était pas posée en ces termes. Toutefois, à l'occasion de cette affaire, la Commission a émis l'avis suivant lequel « une réglementation nationale qui sanctionnerait une éventuelle infraction de ladite directive par l'invalidité du contrat du crédit dans son ensemble ne serait pas envisageable »[137]. En conséquence, il est possible que la Cour de Justice de l'Union européenne retienne cette interprétation si la question lui est posée. Les dispositions françaises, qui prévoient que certaines pratiques commerciales déloyales sont sanctionnées, sur ce seul fondement, par la nullité du contrat seraient alors susceptibles d'être remises en cause.

69. Les dispositions prévoyant la nullité du contrat sont ponctuelles et concernent des obligations particulières imposées au professionnel. Le législateur n'a adopté aucune législation d'ensemble tendant à sanctionner la violation des dispositions consuméristes relatives à la formation du contrat. Ainsi, il est curieux de constater que la violation des dispositions imposant un formalisme informatif est sanctionnée par la nullité du contrat lorsque le contrat est conclu à la suite d'un démarchage, alors que la violation de celles relatives aux contrats conclus à distance ne l'est pas. Pourtant, ces deux modes particuliers de conclusion d'un contrat de consommation sont encadrés de manière très similaire par des obligations d'information et une faculté de rétractation au profit du consommateur, et induisent des risques identiques pour le consommateur, comme l'émission d'un consentement irréfléchi aboutissant à la conclusion d'un contrat inutile. Une même incohérence se retrouve pour la sanction de la méconnaissance du délai de réflexion de dix jours accordé au consommateur avant la conclusion du contrat dans certains contrats de crédit. Lorsque le contrat conclu avant l'écoulement du délai de réflexion de dix jours est un prêt viager hypothécaire, la nullité du contrat est prévue par l'article L. 311-39 du Code de la consommation. A l'inverse, lorsque le contrat ainsi

[136] *Ibid.*, § 45 et 46. Dans cet arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne précise également à quelle condition l'insertion d'une clause abusive peut entraîner l'annulation d'un contrat de consommation. Sur ce point v. *infra* n° 259.
[137] Conclusion de l'avocat général Madame *Verica*, § 41.

conclu en violation des dispositions consuméristes est un contrat de crédit immobilier, la nullité n'est pas expressément prévue par les textes[138]. C'est au cas par cas, sans véritable réflexion d'ensemble qui aurait pu aboutir à un régime spécifique de la nullité du contrat de consommation, que le législateur dispose de la nullité.

2. La généralisation des nullités de droit par la jurisprudence

70. Dans la grande majorité des hypothèses, le législateur n'a pas prévu de sanction civile spécifique à la violation des dispositions consuméristes destinées à protéger le consentement du consommateur. Cependant, lorsqu'il existe une sanction civile spéciale, le problème de l'articulation de la nullité du contrat, qui apparaît comme la sanction naturelle de la violation des dispositions protectrices du consentement, avec les autres sanctions civiles, doit être envisagé. L'admission de la nullité de droit du contrat de consommation diffère *en l'absence de sanction civile spéciale (a)* et *en présence d'une sanction civile spéciale (b).*

a. En l'absence de sanction civile spéciale

71. En l'absence de sanction civile spéciale de la violation des dispositions consuméristes protectrices du consentement du consommateur, la question de la sanction reste entière. Les dispositions violées ayant pour fonction principale de protéger le consentement du consommateur, la mise en œuvre des vices du consentement, et principalement le dol et la violence, paraît s'imposer[139]. Pourtant, ce n'est pas dans cette voie que s'est engagée la jurisprudence.

72. En matière de crédit, les obligations pesant sur le prêteur pour garantir l'intégrité et la liberté du consentement du consommateur ne sont pas toujours assorties d'une sanction spécialement prévue par les dispositions consuméristes. Par exemple, lorsque l'emprunteur fait une demande de crédit affecté au financement d'un bien particulier, les contrats de crédit et de vente sont interdépendants : la caducité ou l'annulation du contrat

[138] Elle est appliquée par la jurisprudence, v. *infra* n° 73.

[139] En ce sens, N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 607 : « Dans le silence de la loi, on devrait considérer tout à la fois que le prononcé automatique de l'annulation de l'acte est interdit et que, dans l'espace laissé vacant par les normes spéciales, les conditions classiques de validité des actes juridiques et, plus spécialement, la théorie des vices du consentement se présenterait alors comme un recours possible aux fins d'annulation, mais surtout comme le recours unique offert au consommateur désireux d'obtenir l'annulation de l'acte irrégulier. »

de crédit entraîne l'annulation de la vente financée au moyen du crédit. Pour renforcer l'effectivité de cette garantie, l'emprunteur ne peut effectuer aucun versement au vendeur pendant l'écoulement du délai de rétractation de sept jours dont il dispose pour revenir sur son consentement au contrat de crédit. Les dispositions encadrant le crédit affecté ne prévoient aucune sanction spéciale à l'obtention de paiement avant l'écoulement du délai de rétractation. Ainsi, la Cour de cassation a dû se prononcer sur la sanction de l'inobservation de ces dispositions. Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit à la consommation, la Cour de cassation a décidé à plusieurs reprises qu'en l'absence de sanction civile spécifique, la nullité du contrat de crédit pouvait être prononcée sur le seul fondement de la violation des dispositions protectrices du consommateur de crédit. Ainsi, elle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Colmar qui avait prononcé l'annulation de la vente et du contrat de crédit en se fondant sur la seule violation de ces dispositions[140]. Elle confirme que le versement d'une somme d'argent par l'emprunteur pendant le délai de réflexion est sanctionné par la nullité du contrat de vente à crédit. Pour les crédits renouvelables, une disposition similaire existait afin de garantir l'effectivité du délai de rétractation dont dispose le consommateur. Le prêteur ne pouvait effectuer aucun versement avant l'expiration de ce délai[141]. La Cour de cassation a également estimé, sur le fondement de l'article 6 du Code civil, que le versement de sommes d'argent à l'emprunteur avant l'expiration du délai de rétractation de sept jours est sanctionné par la nullité du contrat de crédit[142].

73. Une solution identique a été adoptée en matière de crédit immobilier : le consommateur ne peut pas donner son consentement avant l'expiration d'un délai de réflexion de dix jours, à compter de la réception de l'offre préalable de crédit[143]. La violation de cette disposition n'est pas sanctionnée spécifiquement par la déchéance du droit aux intérêts. En l'absence de disposition prévoyant la nullité ou toute autre sanction, la Cour de cassation a décidé que l'acceptation, avant l'écoulement du délai de réflexion

[140] Civ. 1ère, 23 juin 1987, pourvoi n° 85-15.170 ; *Bull. Civ. I*, n° 154.
[141] Anc. art. L. 311-17 C. consom.
[142] Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 03-11.775, Inédit ; *RD bancaire et fin.*, 2009, p. 43, obs. X. LAGARDE.
[143] Art. L. 312-10 C. consom.

de dix jours, entraîne l'annulation du contrat de crédit[144]. Elle se prononce en faveur d'une nullité de droit, qui doit être prononcée sans examiner l'existence d'une atteinte à l'intégrité du consentement de l'emprunteur ni la réitération de son consentement après l'écoulement du délai[145]. La nullité est ainsi fondée sur la seule violation d'une disposition protectrice du consentement du consommateur et elle repose sur le caractère d'ordre public de la disposition transgressée.

74. Toujours dans le domaine des crédits, alors que la loi ne dispose aucune sanction civile spécifique, la Cour de cassation admet une hypothèse d'annulation de droit du contrat lorsque les dispositions relatives à l'information de l'emprunteur sur le taux conventionnel d'intérêt[146] ou sur le taux effectif global[147] n'ont pas été respectées[148]. Dans ces hypothèses, le contrat de crédit n'est pas annulé dans son entier, seule la clause relative à la stipulation conventionnelle d'intérêt est annulée. La somme prêtée produit alors des intérêts au taux légal. Si cette solution n'entraîne pas la nullité du contrat de crédit, elle se rapproche des solutions précédentes, en ce que la nullité est fondée sur la seule inobservation d'une disposition protectrice du consentement, sans se référer, d'une manière ou d'une autre, à la théorie des vices du consentement. Encore une fois, c'est une nullité automatique qui est ainsi consacrée.

75. La Cour de cassation a également admis que la nullité du contrat de consommation pouvait être prononcée à la suite de la seule constatation de la violation d'une disposition protectrice du consentement du consommateur dans le domaine du démarchage. Pour protéger le consommateur des pressions exercées sur son consentement, le législateur a encadré la conclusion des contrats conclus à la suite d'un démarchage en imposant des obligations précontractuelles d'information qui se manifestent par l'obligation de faire figurer certaines mentions dans les contrats et en

[144] Civ. 1ère, 30 mars 1994, pourvoi n° 92-13.653 ; *Bull. Civ. I*, n° 130.
[145] Il ressort de la motivation de l'arrêt d'appel que la nullité a été écartée parce que la violation de la disposition n'a causé aucun vice du consentement. La motivation de la Cour d'appel est rapportée par l'arrêt de la Cour de cassation en ces termes : « en l'absence de texte, cette violation de la loi n'emportait pas nullité de plein droit et permettait seulement l'ouverture d'un débat ayant pour enjeu " l'intégrité " du consentement ». V. *infra* nos 473 et s.
[146] Art. 1902, al. 2, C. civ.
[147] Art. L. 313-2 C. consom.
[148] Civ. 1ère, 9 février 1988, pourvoi n° 86-11.557 ; *Bull. Civ. I*, n° 34 – Com., 12 avril 1988, pourvoi n° 87-11.199 ; *Bull. civ. IV*, n° 130. Pour un exemple récent v. Civ. 1ère, 20 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.540, Inédit.

octroyant une faculté de rétractation au consommateur pendant un court délai après la conclusion du contrat. Si l'omission de certaines clauses informatives dans le contrat est expressément sanctionnée par la nullité du contrat[149], la méconnaissance des dispositions tendant à assurer l'effectivité du délai de rétractation ne connait pas de sanction spécifique. La jurisprudence admet, dans ces hypothèses, que le contrat conclu à la suite du démarchage est nul de droit. Ainsi, le paiement, par le consommateur, d'une somme, de quelque manière que ce soit, avant l'écoulement du délai de rétractation, est sanctionné par la nullité du contrat de consommation[150]. De la même manière, l'absence de bordereau de rétractation[151] ou son irrégularité au regard des articles R. 121-3 à R. 121-6 du Code de la consommation[152] sont sanctionnées par la nullité du contrat. Ces décisions consacrent également des nullités automatiques comme le révèle le fondement de la nullité adopté dans la plupart des arrêts. En effet, elles se fondent sur l'article 6 du Code civil et plus précisément, sur le caractère d'ordre public de la disposition transgressée.

76. Une réelle tendance se dégage de l'étude des décisions juridictionnelles : la violation des dispositions consuméristes destinées à protéger le consentement du consommateur est sanctionnée, sans autre condition, par la nullité du contrat, prononcée sur le fondement de l'article 6 du Code civil. Mais aucune de ces décisions ne permet de donner à la solution une portée générale. Elles interviennent dans deux domaines seulement : celui des contrats conclus à la suite d'un démarchage et celui des contrats de crédit. Le 7 décembre 2004, une décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation, largement publiée et commentée[153], étend sensiblement le champ d'application des nullités de droit, prononcée dès que la violation d'une disposition protectrice du

[149] Art. L. 122-23 C. consom. La nullité du contrat n'est prévue que pour l'omission de certaines mentions informatives et non expressément pour l'absence de remise d'un exemplaire écrit du contrat au consommateur imposée par le même article. Curieusement, la Cour d'appel de Paris a refusé de sanctionner ce comportement par la nullité du contrat : CA Paris, 30 novembre 1994. Pourtant en l'absence de remise de contrat écrit, il est difficilement concevable que le consommateur ait pu prendre connaissance des mentions qui devaient y figurer en vertu de la loi et sous peine de nullité.

[150] Civ. 1ère, 7 octobre 1998, pourvoi n° 69-17.829 ; *Bull. Civ. I*, n° 290 – Civ. 1ère, 12 décembre 2002, pourvoi n° 99-21.121 ; *Bull. Civ. I*, n° 315 ; *CCC*, 2003, n° 5 p. 29, comm. RAYMOND G. ; *Dr. et patr.*, 2003, n° 14, p. 91, obs. CHAUVEL P – CA Toulouse, 8 avril 1999, RG n° 98/00132, JurisData n° 1999-041780 – CA Toulouse, 13 novembre 2001, RG n° 2000/03601, JurisData n° 2001-164970.

[151] CA Rennes, 14 avril 2005, RG n° 04/04109, JurisData n° 2005-278507.

[152] CA Rennes, 7 mars 2002, RG n° 01/04460, JurisData n° 2002-180102.

[153] Civ. 1ère, 7 décembre 2004, pourvoi n° 01-11.823 ; *Bull. Civ. I*, n° 303 ; *D.*, 2005, p. 75, obs. C. RONDEY ; *Droit et patrimoine*, 2005, n° 135, p. 85, note P. CHAUVEL ; *JCP G*, 2005, II, 10160, note N. RZEPECKI ; *LPA*, 7 septembre 2005, n° 178, p. 16, note E. BAZIN.

consentement du consommateur est constatée. L'affaire concerne une vente d'objets d'ameublement. L'information précontractuelle qui doit être transmise au consommateur est précisée par le décret n° 86-583 du 14 mars 1986, pris en application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation. Ce décret impose au vendeur d'informer le consommateur des caractéristiques du meuble, en apposant certaines mentions sur les documents commerciaux, ou en lui délivrant une fiche technique d'identification des biens vendus. En l'espèce, cette information n'avait pas été transmise à un consommateur qui avait acheté des objets d'ameublement. Il invoqua ce défaut d'information et la violation du décret pour obtenir l'annulation de la vente. En première instance, le Tribunal d'instance d'Asnières fait droit à la demande du consommateur. Le jugement prononce la nullité de la vente sur le fondement de l'article L. 111-1 du Code de la consommation. La Cour d'appel de Versailles infirme le jugement de première instance et le déboute de sa demande, aux motifs que la nullité du contrat n'est prévue par aucune disposition spéciale applicable à l'espèce, et que seule des sanctions pénales peuvent être prononcées à l'encontre du vendeur, en application de l'article L. 213-1 du Code de la consommation[154]. Dans sa motivation, elle ajoute qu'aucun dol, ni aucune violence, ne peut être reproché au professionnel. Ainsi, pour la Cour d'appel de Versailles, lorsque la nullité n'est pas expressément prévue par une disposition spéciale, elle ne peut être prononcée qu'en application des dispositions de droit commun relatives aux vices du consentement. L'arrêt d'appel est cassé par la Cour de cassation au visa de l'article L. 214-1 du Code de la consommation, des articles 2 et 5 du décret n° 86-583 du 14 mars 1986, de l'article L. 214-2 alinéa 1er du Code de la consommation et de l'article 6 du Code civil. Elle affirme, dans l'attendu de principe, que « la méconnaissance de ces dispositions d'ordre public est sanctionnée non seulement pénalement comme le prévoit [l'article L. 212-2, alinéa 1er, du Code de la consommation], mais aussi, en vertu [de l'article 6 du Code civil], par la nullité du contrat ». En l'absence de textes spéciaux, la Cour de cassation fait également application du droit commun. Contrairement à la Cour d'appel, elle applique l'article 6 du Code civil plutôt que la théorie des vices du consentement. Cette solution consacre une hypothèse de nullité automatique. En effet, la nullité est prononcée à la seule condition que l'obligation d'information imposée au

[154] CA Versailles, 16 mars 2001, RG n° 99/05730, JurisData n° 2001-184669.

professionnel ait été violée et ce, quelle que soit l'influence de cette violation sur le consentement du consommateur.

77. Prise dans une hypothèse très particulière : la violation d'un décret relatif à la vente d'objets d'ameublement, cette solution a pourtant une portée considérable, compte tenu du visa, de la formulation du chapeau, formulé comme un attendu de principe, et de la publication importante de l'arrêt par la Cour de cassation[155]. La référence aux décrets pris en application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation implique que cette solution ne se cantonne pas à la violation du décret n° 86-583 du 14 mars 1986, mais doit être étendue à la violation des très nombreux et très divers décrets pris en application de ce texte[156]. Au-delà, en raison du fondement retenu, qui est le même que celui retenu pour annuler les contrats conclus consécutivement à la violation de dispositions consuméristes dans le domaine du démarchage et du crédit, la solution doit s'appliquer à chaque fois que la disposition violée est une disposition d'ordre public. Jusqu'à présent, la Cour de cassation n'a admis la nullité automatique du contrat de consommation que lorsque la disposition transgressée faisait l'objet d'une sanction pénale. Récemment, elle a refusé d'appliquer cette solution à l'absence d'indication du délai de livraison en violation de l'article L. 113-1 du Code de la consommation, disposition qui n'est pas sanctionnée pénalement[157]. Au regard de la jurisprudence précédente, deux raisons peuvent expliquer cette solution. Soit, la disposition n'est pas d'ordre public, alors l'article 6 du Code civil ne peut pas s'appliquer. Soit, la disposition est d'ordre public, mais la nullité est exclue

[155] P+B+R+I

[156] D'après les informations fournies par le site legifrance.gouv.fr, 91 décrets citent l'article L. 214-1 du Code de la consommation, auxquels il faut ajouter de nombreux articles réglementaires du Code de la consommation qui concernent l'étiquetage des produits alimentaires, du Code de la santé publique ou du Code rural et de la pêche maritime. Certains décrets imposent au professionnel des obligations tendant à améliorer le consentement du consommateur, tels que le décret n° 66-319 du 20 mai 1966, pris pour l'application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente de marchandises et des falsifications des denrées alimentaires en ce qui concerne la vanille, ou le décret n° 2003-838 du 1 septembre 2003, pris pour l'application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation en ce qui concerne les jus de fruits et certains produits similaires destinés à l'alimentation humaine. D'autres décrets constatent que des règlements européens, qui contiennent des dispositions protectrices du consentement du consommateur, constituent des mesures d'application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation, tels que le décret n° 72-309 du 21 avril 1972 portant application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes en ce qui concerne les vins, vins mousseux, vins pétillants et vins de liqueur ; le décret n° 97-1107 du 24 novembre 1997 pris pour l'application du code de la consommation en ce qui concerne les normes de commercialisation et le contrôle de la qualité des fruits et légumes, ou le décret n° 94-418 du 18 mai 1994 pris pour l'application du code de la consommation en ce qui concerne l'utilisation des indications géographiques, des appellations d'origine et des attestations de spécificité des produits agricoles et des denrées alimentaires.

[157] Civ. 1ère, 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.263, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 10, p. 34, comm G. RAYMOND.

parce que la règle transgressée n'est pas sanctionnée pénalement. La première explication est la plus convaincante en raison du fondement retenu par la Cour de cassation. En se fondant sur l'article 6 du Code de la consommation, la nullité ne peut être prononcée que si la disposition est d'ordre public. Il serait en outre étrange de faire dépendre la sanction civile de l'existence, ou non, d'une sanction pénale. L'application de cette sanction est donc subordonnée à la reconnaissance du caractère d'ordre public de la disposition. Or, les contours de la notion d'ordre public sont difficiles à tracer[158]. Ainsi, une disposition impérative n'est pas nécessairement une disposition d'ordre public[159]. Toutefois, lorsqu'une disposition est sanctionnée pénalement, elle participe à la protection des intérêts supérieurs de la société et elle constitue nécessairement une disposition d'ordre public. Ainsi, l'existence d'une sanction pénale n'est pas une condition de la nullité du contrat de consommation sur le fondement de l'article 6 du Code civil, mais un critère permettant de reconnaitre le caractère d'ordre public de la règle dont la violation doit être sanctionnée par la nullité du contrat sur le fondement de l'article 6 du Code civil[160]. Dès lors, la nullité du contrat de consommation peut être prononcée sur le seul fondement de la violation d'une disposition d'ordre public protectrice du consentement du consommateur. Cette solution est écartée par la Cour de cassation lorsqu'il existe une sanction civile spéciale.

b. En présence d'une sanction civile spéciale

78. A propos du crédit à la consommation et du crédit immobilier, le législateur a adopté une sanction civile particulière, qui se distingue de la nullité : la déchéance du droit aux intérêts[161]. La question s'est posée de savoir si la nullité pouvait être prononcée alors que la déchéance du droit aux intérêts était seule prévue par les dispositions légales. La Cour de cassation, par un arrêt du 20 juillet 1994, a d'abord admis le cumul de la

[158] « La notion d'ordre public est probablement l'une des notions les plus difficiles 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 longue définition. » J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2004, n° 1.
[159] La question est discutée. V. J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, art. préc., n° 14.
[160] Pour une critique de la solution au regard du fondement retenu par la Cour de cassation v. *infra* n° 476.
[161] Sur cette sanction v. *infra* nos 420 et s.

nullité du contrat et de la déchéance du droit aux intérêts[162]. En l'espèce, des époux avaient contracté plusieurs prêts immobiliers alors que l'échéancier d'amortissement joint à l'offre préalable de crédit ne précisait pas, pour chaque échéance, la ventilation entre le paiement des intérêts et le remboursement du capital. La Cour d'appel avait considéré que l'offre préalable de crédit était régulière. Considérant que l'échéancier d'amortissement n'était pas assez détaillé, la Cour de cassation casse l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point pour violation de la loi[163]. Elle précise la sanction de l'inobservation encadrant l'offre préalable de crédit immobilier : « le non-respect de ces dispositions d'ordre public est sanctionné non seulement par la déchéance du droit aux intérêts pour le prêteur, mais encore par la nullité du contrat de prêt ». La Cour de cassation a ainsi admis sans ambiguïté que la nullité pouvait se cumuler avec la déchéance du droit aux intérêts. Le consommateur disposait donc d'une option entre les deux sanctions. Si le fondement de la nullité n'était pas expressément précisé, il semble que la nullité ainsi prévue était une nullité de droit. En effet, la Cour de cassation ne se référait pas aux conditions des vices du consentement pour justifier sa solution, mais mentionnait le caractère d'ordre public des dispositions violées. Or, lorsque la Cour admet qu'une nullité puisse être prononcée automatiquement, du seul fait de la violation d'une disposition légale, elle se fonde généralement sur le caractère d'ordre public de la norme[164]. Cette solution se justifiait difficilement en présence d'une sanction légale spécifique. La déchéance du droit aux intérêts est plus favorable au consommateur que la nullité du contrat de crédit : il est dispensé de payer les intérêts du prêt, mais il dispose encore de l'étalement du remboursement. Si le contrat de crédit est annulé, la somme prêtée doit être restituée immédiatement et intégralement. D'autre part, la précision apportée par la Cour de

[162] Civ. 1ère, 3 mars 1993, pourvoi n° 91-10.873 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 94, obs. G. POISSONNIER – Civ. 1ère, 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-19.187 ; *Bull. civ. I*, n° 262 ; *JGP N*, 1995, p. 1559, note A. GOURIO.

[163] La Cour de cassation avait déjà admis que si l'échéancier d'amortissement ne précisait pas la ventilation entre le paiement des intérêts et le remboursement du capital, l'offre préalable de crédit immobilier était illégale au regard du formalisme informatif imposé pour le crédit immobilier. V. Civ. 1ère, 16 mars 1996, pourvoi n° 92-12.239 ; *Bull. Civ. I*, n° 100. Cette solution, particulièrement sévère pour les prêteurs, a conduit à une réforme législative qui a confirmé la solution de la Cour de cassation : l'offre préalable de crédit doit désormais contenir un échéancier détaillé précisant la part du remboursement du capital pour chaque échéance et valide les offres préalables de crédit antérieures : loi n° 96-314 du 12 avril 1996. Sur cette loi v. notamment M.-C. ALEXIS et J.-F. ROUX, « Eclairage sur une pratique contestable : les lois de validation affectant les intérêts des consommateurs », *CCC*, 2001, chron. 11 ; A. GOURIO, « L'affaire du tableau d'amortissement, épilogue législatif », *JCP E*, I, 576 ; S. PIEDELIEVRE, « Brèves remarques sur l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 », *Defrénois* 1997, art. 36, p. 446.

[164] N. RZEPECKI, *op. cit.*, n° 607. V. également les développements *supra* nos 71 et s.

cassation apparaît superflue pour casser l'arrêt d'appel. En effet, la seule constatation que la Cour d'appel considère que le prêteur s'est conformé aux exigences légales, alors qu'elles ont été violées au regard de l'interprétation qu'en fait la Cour de cassation, suffit à justifier la cassation de l'arrêt d'appel, sans qu'il soit besoin de préciser les sanctions encourues[165].

79. La Cour de cassation a opéré un revirement par un arrêt du 9 mars 1999. En l'espèce, des époux ont été assignés en paiement par un établissement de crédit auprès duquel ils avaient contracté un emprunt immobilier. En défense, ils invoquaient la violation de certaines prescriptions relatives à l'offre préalable de crédit et demandaient la nullité du contrat de crédit. Le Tribunal d'instance de Blois prononce la nullité du prêt. La Cour de cassation casse et annule le jugement ainsi rendu au motif que « la seule sanction civile de l'inobservation des exigences prévues par [l'article L. 312-8 du Code de la consommation] est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts, dans la proportion fixée par le juge »[166]. Cette solution condamne la jurisprudence antérieure. Depuis lors, il est impossible d'obtenir l'annulation de plein droit du contrat de crédit fondée sur la seule inobservation de dispositions sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts. Ainsi, lorsqu'une sanction civile spéciale est prévue, il semble que la nullité ne puisse pas être invoquée par le consommateur.

80. La véritable portée de cette solution est incertaine. L'articulation du droit spécial et du droit commun des contrats est une question complexe, à laquelle la Cour de cassation n'apporte pas de réponse unique. Elle tranche les difficultés au cas par cas, en

[165] Cette précision peut s'expliquer dans le cas où les emprunteurs, en invoquant la violation des dispositions légales, n'ont pas demandé la déchéance du droit aux intérêts mais la nullité du contrat. En effet, si la nullité a des effets moins favorables que la déchéance du droit aux intérêts, pour l'emprunteur, ce dernier conserve un intérêt à l'invoquer lorsque son action en déchéance est forclose. Avant la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, l'emprunteur devait exercer l'action en déchéance du droit aux intérêts dans un délai préfix de deux ans à compter de la date à laquelle le contrat de crédit est devenu définitif. Mais cette explication ne pouvait valoir que pour les crédits à la consommation, parce que, pour les crédits immobiliers, un tel délai de forclusion n'a jamais existé. En raison du caractère mixte du contrat de crédit immobilier, le délai dont dispose le consommateur pour invoquer la déchéance du droit aux intérêts est même plus long que celui dont il dispose pour invoquer la nullité.

[166] Civ. 1ère, 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-14.949 ; *Bull. Civ. I*, n° 321. Cette solution a été confirmée à de nombreuses reprises, v. notamment : Civ. 1ère, 20 juin 2000, pourvoi n° 98-19.346, Inédit – Civ. 1ère, 21 février 2001, pourvoi n° 98-21.382, Inédit – Civ. 1ère, 13 mai 2003, pourvoi n° 01-03.235, Inédit – Civ. 1ère, 5 décembre 2006, pourvoi n° 05-16.157, Inédit – Civ. 1ère, 2 octobre 2007, pourvoi n° 06-15.300, Inédit.

fonction des intérêts en présence[167]. Il semble que la solution se limite à exclure le prononcé de la nullité du contrat fondée sur la seule inobservation du texte de loi lorsque ce comportement est sanctionné, aux mêmes conditions, par la déchéance du droit aux intérêts. Lorsque la nullité peut être prononcée sur un fondement différent, comme les vices du consentement, dont les conditions diffèrent de celles de la déchéance du droit aux intérêts, alors le cumul devient possible. Ainsi, concernant la stipulation conventionnelle d'intérêt, la Cour de cassation distingue entre le taux effectif global erroné et irrégulier. Lorsqu'il est erroné, le cumul est exclu : seule la nullité de la stipulation conventionnelle d'intérêt peut être prononcée. Lorsqu'il est irrégulier, le cumul est possible : la nullité de la stipulation ou la déchéance du droit aux intérêts peuvent être prononcées[168]. De même, le cumul de la déchéance avec le prononcé de la nullité automatique du contrat de crédit est exclu, mais pas nécessairement avec la nullité fondée sur l'existence d'un vice du consentement.

En outre, actuellement, la déchéance du droit aux intérêts est la seule sanction civile spéciale édictée par les dispositions tendant à garantir un consentement libre et éclairé au consommateur. Si de nouvelles sanctions spéciales apparaissaient, la question de leur articulation avec la nullité du contrat fondée sur la seule inobservation des dispositions consumériste resterait entière.

81. Finalement, dès lors que la violation d'une disposition d'ordre public protectrice du consentement du consommateur est sanctionnée pénalement et qu'aucune sanction spéciale n'est prévue, la nullité de plein droit fondée sur l'article 6 du Code civil s'applique[169]. Le caractère d'ordre public de la norme peut être déduit de l'existence d'une sanction pénal. En raison de la forte imprégnation des sanctions pénales dans le droit de la consommation[170], presque toutes les transgressions des dispositions consumeristes sont visées et la nullité de plein droit du contrat de consommation a un champ d'application général lorsqu'aucune autre sanction civile n'est précisée. Si les

[167] C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : LGDJ, 2009, *passim*.
[168] Civ. 1ère, 18 février 2009, pourvoi n° 05-16.774, Inédit.
[169] 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. 83 ; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Paris : Economica, 2008, *passim*. Dans son manuel, l'auteur cite l'arrêt du 7 décembre 2004 à de nombreuses reprises et sans nuances pour affirmer que la nullité du contrat s'applique de droit en cas d'inobservation d'exigences de forme.
[170] V. *infra* nos 362 et s.

nullités automatiques sanctionnent de manière générale la violation des dispositions d'ordre public, protectrices des intérêts des consommateurs, leur nature demeure incertaine.

B. La nature des nullités de droit

82. Le plus souvent, la loi ne précise ni la nature, ni le régime de la nullité. Pour les hypothèses de nullité de droit des contrats de consommation, prononcée à la seule condition qu'une disposition protectrice du consentement du consommateur soit caractérisée, ce constat se vérifie. Lorsqu'elle est expressément prévue par un texte, ce dernier ne précise pas la nature de la nullité. Qui plus est, la nullité du contrat de consommation reposant sur la seule constatation de la violation d'une disposition protectrice du consentement du consommateur n'est généralement pas prévue par la loi. La nullité est prononcée par la jurisprudence, sur le fondement de l'article 6 du Code civil, sans que son régime ne soit précisé.

83. Il est classique de distinguer deux types de nullité, la nullité dite relative et la nullité dite absolue, auxquelles sont affectées des régimes opposés concernant les personnes qui peuvent invoquer la nullité, la possibilité de confirmer l'acte et le délai de prescription de l'action[171]. Ainsi, lorsque la nullité est relative, seule la personne protégée par la règle violée peut agir en nullité[172]. Selon l'article 1338 du Code civil, le contrat ou l'acte juridique dont la nullité peut être demandée est susceptible de confirmation[173]. Selon les dispositions de l'article 1304 du Code civil, le délai de prescription de l'action en nullité est de cinq ans. Si en principe, le délai de prescription devrait courir à compter de la date de conclusion de l'acte[174], il est reporté dans plusieurs hypothèses. Pour les vices du consentement, le délai de prescription commence à courir à compter de la découverte du vice ou de la cessation de la violence. En cas d'incapacité, le délai de prescription ne commence à courir que lorsque la cause de l'incapacité a cessé, ou à

[171] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, nos 324 et s. ; F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil : les obligations.* 10ème éd., Paris : Dalloz, 2009, n° 393.
[172] Dans certaines hypothèses, d'autres personnes pourront invoquer la nullité comme les ayants-cause de la personne protégée.
[173] Art. 1338 C. civ.
[174] F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *op. cit.*, n° 413

défaut au moment au moment du décès de l'incapable à l'encontre des héritiers du défunts. Lorsque la nullité est absolue, toute personne justifiant d'un intérêt réel, direct, et légitime, peut demander l'annulation du contrat et le contrat n'est pas susceptible de confirmation. Depuis la loi n° 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, le délai de prescription de l'action a été sensiblement réduit. Alors qu'antérieurement, il était de trente ans à compter de la conclusion du contrat, il est désormais fixé à cinq ans. En revanche, son point de départ a été modifié. Ainsi, selon les termes de l'article 2224 du Code civil, il commence à courir à compter « du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer ». En pratique, le point de départ du délai de prescription d'une action en nullité absolue sera fixé au jour de la conclusion du contrat[175].

84. Si la distinction des nullités en deux catégories existe depuis le droit romain[176], le critère permettant de distinguer les nullités a évolué au cours des siècles[177]. Actuellement, il existe un large consensus en doctrine pour dire que la distinction entre nullité relative et nullité absolue repose sur la finalité de la règle transgressée : « la nullité absolue tend à assurer la sauvegarde de l'intérêt général alors que la nullité relative est protectrice d'intérêt privé »[178]. Ainsi, c'est l'intérêt protégé par la règle transgressée qui détermine la nature de la nullité. Les nullités fondées sur une incapacité d'exercice, un vice du consentement, un objet impossible, ou une absence de cause, sont des nullités relatives parce que, dans toutes ces hypothèses, les conditions de validité ainsi sanctionnées tendent à protéger les intérêts de l'un des contractants[179]. A l'inverse, la nullité est absolue lorsque l'objet du contrat ou sa cause est illicite comme contraire à l'ordre public ou aux bonnes mœurs.

[175] *Ibid.*, n° 414.
[176] Y. PICOD, « Nullité », *Rép. civ. Dalloz*, 2004, n° 21 ; M. CUMYN, *op. cit.*, Paris : LGDJ, 2002, n° 20.
[177] M. CUMYN, *op. cit.*, *passim.* La distinction fondée sur la finalité de la règle transgressée n'est pas si moderne, elle apparait dès le XVIII[ème] siècle (v. M. CUMYN, *op. cit.*, n[os] 36 et 37). Au XIX[ème] siècle, Laurent et Demolombe exposèrent la théorie considérée aujourd'hui comme la théorie classique des nullités. Selon eux, les nullités doivent être distinguées en fonction de la gravité du vice (v. M. CUMYN, *op. cit.*, n[os] 45 et 53).
[178] Y. PICOD, art. préc., n° 22. V. également : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14[ème] éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n° 328.
[179] D'ailleurs, la nature de la nullité a évolué pour défaut de cause V. J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 336.

85. Concernant la nullité du contrat de consommation prononcée sur le seul fondement de la violation d'une règle protectrice des intérêts des consommateurs, sa nature peut être discutée. Au regard du fondement de cette sanction, l'inobservation de dispositions d'ordre public, il serait tout à fait concevable que la nullité soit une nullité absolue. En effet, si l'ordre public apparaît parfois comme une notion insaisissable[180], celle-ci semble d'abord liée à l'intérêt général. Les dispositions d'ordre public sont celles auxquelles il est impossible de déroger parce qu'elles participent à sauvegarder l'intérêt général. Cette conception de l'ordre public aboutit nécessairement à la nullité absolue des contrats qui le transgresse. Les nullités automatiques du contrat de consommation, étant fondées sur la transgression de dispositions d'ordre public, devraient nécessairement être absolues. L'analyse peut être confirmée par le fond des dispositions sanctionnées. Le plus souvent, les dispositions sanctionnées instituent un « formalisme informatif ». Or, l'inobservation des règles de forme est encore sanctionnée, dans de nombreuses hypothèses, par la nullité absolue de la convention[181].

86. Toutefois, ces considérations ne doivent pas cacher que les dispositions ainsi sanctionnées ont une finalité principalement protectrice des intérêts des consommateurs. Elles tendent à lui assurer un consentement libre et éclairé. L'application du critère moderne, permettant de faire le partage entre nullités absolues et nullités relatives, amène alors à privilégier les nullités relatives. D'ailleurs, avec l'intervention accrue de l'Etat dans le domaine économique, la notion d'ordre public elle-même a fortement évoluée. L'ordre public ne s'intéresse plus seulement à la sauvegarde de l'intérêt général, mais des dispositions d'ordre public peuvent également protéger des personnes privées, lorsque l'intérêt de la société tout entière est de leur accorder cette protection. Ce nouvel ordre public est qualifié d'ordre public économique de protection[182]. Désormais, la quasi-totalité des dispositions du Code de la consommation qui tendent à protéger les intérêts

[180] J. HAUSER et J.-J. LEMOULAND, « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2004, n° 1 ; M. LUBY, « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *CCC*, 2001, chron. n° 3.
[181] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 336.
[182] D. FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *in Le droit privé à la fin du XX*^{ème} *siècle : Mélanges en l'Honneur de Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 486.

des consommateurs lorsqu'ils contractent avec les professionnels relèvent de l'ordre public[183].

87. Toutefois, la jurisprudence fait des distinctions au sein des nullités qui sanctionnent la violation d'une disposition d'ordre public. Lorsqu'elle est confrontée au problème de la nature de la nullité du contrat pour déterminer son régime, elle relève le caractère d'ordre public de la disposition transgressée, mais tranche en faveur d'une nullité relative parce que la règle a pour finalité la protection des intérêts de l'un des contractants, en l'occurrence, le consommateur[184]. Elle a retenu cette solution dans trois séries d'hypothèses. D'abord, elle a décidé que la violation des dispositions encadrant la conclusion d'un contrat de démarchage était sanctionnée par la nullité relative du contrat. Ainsi, la première Chambre civile de la Cour de cassation retient que « la méconnaissance des dispositions des articles L. 121-21 du Code de la consommation édictées dans l'intérêt des personnes démarchées à domicile que ces textes ont vocation à protéger est sanctionnée par une nullité relative »[185]. La formulation de l'attendu de la Cour de cassation est générale. La nullité est donc relative, qu'elle soit fondée sur l'article L. 121-23 du Code de la consommation[186], ou sur l'article 6 du Code civil[187]. Ensuite, elle affirme régulièrement et sans ambigüité que la nullité de la stipulation d'intérêts conventionnels[188], fondée sur la violation des dispositions d'ordre public des articles 1907

[183] La loi consacre assez rarement le caractère d'ordre public des dispositions consuméristes. Sont d'ordre public, en vertu de la loi, les dispositions relatives à la vente de biens ou à la fourniture de service à distance (art. L. 121-20-10 C. consom.), les dispositions relatives à l'utilisation de biens à temps partagés (art. L. 121-79-5 C. consom.), les dispositions relatives aux contrats de fourniture de gaz et d'électricité (art. L. 121-94 C. consom.), les dispositions relatives aux clauses abusives (art. L. 132-1 C. consom.) et les dispositions relatives au crédit (art. L. 313-17 C. consom.). Toutefois, le caractère d'ordre public des dispositions consuméristes ne pose généralement pas de difficulté. En effet, lorsqu'une disposition est sanctionnée pénalement, cela révèle son caractère d'ordre public. Or, la grande majorité des dispositions protectrices des intérêts des consommateurs est sanctionnée pénalement. V. *infra* n^{os} 362 et s.

[184] Les recherches menées n'ont permis de trouver aucune décision par laquelle la Cour de cassation estime que la violation de dispositions consuméristes est sanctionnée par une nullité absolue du contrat de consommation.

[185] Civ. 1ère, 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-17.691 ; *Bull. Civ. I*, n° 316 ; *RDC*, 2008, p. 351, obs. D. FENOUILLET. V. également : Civ. 1ère, 18 février 2009, n° 07-18.648, Inédit – Civ. 1ère, 28 novembre 1995, pourvoi n° 96-16.055, Inédit.

[186] V. *supra* n° 63.

[187] V. *supra* n° 75.

[188] V. *supra* n° 72.

du Code civil et 313-2 du Code de la consommation, est une nullité relative[189]. Enfin, la même solution est retenue par la Cour de cassation pour la violation de l'article L. 312-10 du Code de la consommation octroyant un délai de réflexion de dix jours à l'emprunteur immobilier[190]. Ainsi, elle a approuvé la Cour d'appel de Chambéry d'avoir retenu « que les règles d'ordre public de l'article L. 312-10 du Code de la consommation relatives au délai légal de réflexion constituent des mesures de protection édictées dans l'intérêt des particuliers dont la violation est sanctionnée par la nullité relative du contrat »[191].

88. Ces décisions apportent deux enseignements importants. Premièrement, elles confirment que la violation d'une disposition d'ordre public n'est pas nécessairement sanctionnée par une nullité absolue. Elle peut tout à fait être sanctionnée par une nullité relative. En effet, dans une part importante des décisions citées, la Cour de cassation relève le caractère d'ordre public des dispositions sanctionnées. C'est d'ailleurs sur ce fondement qu'elle prononce la nullité du contrat, tout en affirmant le caractère relatif de la nullité. Le caractère d'ordre public d'une norme n'est pas un critère de distinction à prendre en compte pour déterminer la nature de la nullité. Deuxièmement, la Cour de cassation, au moins dans ces hypothèses, adopte la distinction des nullités absolues et des nullités relatives, élaborée par la doctrine moderne et fondée sur l'intérêt protégé par la disposition dont la violation est sanctionnée par la nullité du contrat[192]. Même si certains auteurs relèvent le caractère explicatif ou incertain[193] de ce critère de distinction, il est

[189] Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.373, Inédit – Com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-17.728, Inédit – Civ. 1ère, 14 juin 2007, pourvoi n° 05-22.011, Inédit ; *RTD com.*, 2007, p. 817, obs. D. LEGEAIS – Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-18.646, Inédit – Com., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-21.162, Inédit – Civ. 1ère, 26 février 2002, pourvoi n° 01-04.039, Inédit – Com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-17.004, Inédit – Civ. 1ère, 15 juillet 1999, pourvoi n° 97-19.519, Inédit.

[190] V. *supra* n° 72.

[191] Civ. 1ère, 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-11.153 ; *Bull. Civ. I*, n° 170. V. également : Civ. 1ère, 6 mai 2010, pourvoi n° 09-10.170, Inédit – Civ. 1ère, 19 mai 2009, pourvoi n° 05-13.126, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 7, p. 33, comm. G. RAYMOND ; *JCP N*, 2010, n° 1, p. 29, obs. S. PIEDELIEVRE – Civ. 1ère, 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-13.614, Inédit ; *JCP N*, 2006, p. 599, obs. S. PIEDELIEVRE – Civ. 1ère, 27 février 2001, pourvoi n° 98-19.857 ; *Bull. Civ. I*, n° 48.

[192] La généralisation de cette conclusion à l'ensemble des domaines de la nullité ne peut pas être soutenue ici. En effet, elle supposerait un examen plus approfondi de l'ensemble de la jurisprudence relative à la nullité fondée sur la violation de l'ordre public.

[193] M. LUBY, « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *CCC*, 2001, chron. n° 3, n° 8 ; N. RZEPECKI, *op. cit.*, n° 644.

devenu une réalité dans le droit positif moderne[194]. Ainsi, la jurisprudence justifie le choix de la nullité relative par la finalité de la règle transgressée, comme le montre l'emploi des formules « édictées dans l'intérêt des personnes démarchées à domicile », « édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur », « ces mesures de protection édictées dans l'intérêt des particuliers » ou « édictée pour la protection des consommateurs ». Dès lors, ces décisions ne sont pas circonstancielles et ne doivent pas être circonscrites au seul domaine envisagé. Les nullités automatiques sont prononcées en conséquence de la violation d'une disposition protectrice des intérêts du consommateur lorsqu'il contracte avec un professionnel. Elles sont donc des nullités relatives.

89. Reconnaître que les nullités du contrat de consommation fondées sur l'inobservation de dispositions d'ordre public protectrice des intérêts des consommateurs sont des nullités relatives implique de leur appliquer le régime correspondant. Toutefois, Monsieur Couturier relativise cette solution : « la méthode générale qui consiste à déterminer le régime de chaque nullité en fonction de la nature des intérêts qu'elle protège n'aboutit pas et ne peut aboutir à reconstituer de grandes catégories de nullité soumises à un régime uniforme, des catégories simples comme elles l'étaient dans la classification classique »[195]. Ainsi, la distinction entre nullité relative et nullité absolue donne des indications sur le régime correspondant. Mais ce régime peut être adapté pour chaque hypothèse de nullité, ce qui est un élément favorable à son efficacité.

90. Concernant le titulaire de l'action, le choix d'une nullité relative implique que seule la personne protégée par la disposition sanctionnée puisse agir en nullité. Cette solution est tout à fait opportune pour les contrats de consommation. Elle évite que les professionnels puissent détourner les dispositions protectrices des intérêts des consommateurs en se fondant sur leur propre faute pour invoquer la nullité du contrat. Mais cette solution implique également qu'en principe, le juge ne peut pas relever d'office une nullité relative[196]. Toutefois, en droit de la consommation, sous l'influence

[194] Il n'est pas rare que la jurisprudence reprenne à son compte des distinctions doctrinales, elles-mêmes élaborées à partir d'une synthèse des décisions judiciaires. L'exemple le plus significatif est peut-être la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat élaborée par Demogue et désormais reprise fréquemment dans les décisions des tribunaux et des cours.
[195] G. COUTURIER, *La confirmation des actes nuls*. Paris : LGDJ, 1972.
[196] Sur la question du relevé d'office des nullités sanctionnant la violation d'ordre public de protection, v. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 1999.

du droit communautaire, et après une réforme législative, la Cour de cassation est revenue sur sa position traditionnelle et elle a admis que le juge pouvait relever d'office la méconnaissance des dispositions protectrices du consommateur[197]. Le législateur a confirmé et étendu cette solution à toutes les dispositions du Code de la consommation par une disposition générale introduite par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 à l'article L. 141-4 du Code de la consommation et qui dispose que : « le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ».

91. Enfin, la qualification de nullité relative, reposant sur la finalité de la règle transgressée, implique, qu'en principe, le contrat est susceptible de confirmation[198]. La confirmation est prévue à l'article 1338 du Code civil et se définit comme « l'acte par lequel une personne renonce au droit d'invoquer la nullité »[199]. Seule la partie protégée par la disposition violée peut confirmer le contrat. Cela est tout à fait cohérent avec la finalité de la règle, car c'est la seule à même de renoncer à la protection offerte par la loi. En effet, il serait délicat de permettre au professionnel de confirmer le contrat de consommation conclu en méconnaissance des intérêts du consommateur. Toutefois, Monsieur Couturier relève, dans sa thèse consacrée à *la confirmation des actes nuls*, que « La faculté de confirmer n'est pas un élément de toutes les nullités de protection, ce n'est pas non plus un élément de toutes les nullités relatives »[200]. Certaines limites à la possibilité de confirmer un acte nul tiennent dans la justification même de la nullité relative. L'intérêt particulier protégé par la prescription dont la violation est sanctionnée par la nullité du contrat, commande parfois que la personne protégée ne puisse pas renoncer à son droit d'agir en nullité lorsque la renonciation aboutit à « anéantir absolument la protection à laquelle la règle violée est réputée tendre » ou lorsqu'« il s'agit de protéger l'intéressé contre lui-même »[201].

92. En résumé, comme les dispositions du droit de la consommation ont pour finalité principale la protection des consommateurs, la nullité du contrat de consommation fondée sur la seule violation de ces dispositions est qualifiée de relative par la jurisprudence.

[197] V. *infra* n[os] 312 et s.
[198] G. COUTURIER, *op. cit.*, n[os] 205 et s.
[199] Y. PICOD, *op. cit.*, n° 45
[200] G. COUTURIER, *op. cit.*, n° 247.
[201] G. COUTURIER, *op. cit.*, n° 248.

Toutefois, la distinction des nullités absolues et des nullités relatives, au regard des conséquences qui en découlent, n'est pas adaptées aux problématiques soulevées par la violation du droit de la consommation et plus généralement par la violation de dispositions relevant de l'ordre public de protection. Ainsi, le régime des nullités est adapté à ces problématiques. Il emprunte efficacement à celui des nullités relatives : le titulaire de l'action est limité à la personne protégée par la disposition violée, autrement dit au consommateur, et à celui des nullités absolues : le juge peut relever d'office la violation de la disposition d'ordre public et la nullité du contrat, et la possibilité pour le consommateur de confirmer l'acte, et ainsi de renoncer à son droit est limitée. Malgré une adaptation opportune du régime de la nullité du contrat de consommation fondée sur la seule violation de dispositions consumériste, certains obstacles s'opposent à sa pleine efficacité.

§2. Les obstacles à l'efficacité de la fonction réparatrice des nullités de droit

93. Au regard de sa fonction réparatrice, la nullité est une sanction efficace si les conditions de son prononcé et de sa mise en œuvre permettent de réparer l'inutilité du contrat de consommation provoquée par la faute du professionnel. A l'inverse, elle est inefficace dans deux hypothèses. D'une part, si la nullité ne peut pas être prononcée à chaque fois que la faute de l'une des parties a provoqué l'inutilité du contrat de consommation, elle présente des carences. D'autre part, si la nullité peut être prononcée alors que la faute du professionnel n'a pas provoqué l'inutilité du contrat, elle présente des excès. Les nullités de plein droit du contrat de consommation, prononcées sur le fondement de la seule violation de dispositions protectrices du consentement du consommateur, pèchent par leurs excès.

94. Premièrement, alors que le préjudice subi par le consommateur doit être, pour que la sanction soit efficace, l'un des fondements d'une sanction principalement réparatrice, il n'est, d'aucune manière, pris en considération dans les conditions de la nullité du contrat de consommation fondée sur la seule violation de dispositions consuméristes protectrices du consentement du consommateur. En effet, en autorisant la nullité du fait de la seule violation de dispositions consuméristes, le législateur ou la jurisprudence n'exigent, à aucun moment, une étude de l'effet de la violation des dispositions consuméristes sur la

décision du consommateur à contracter avec le professionnel. Certes, les dispositions ainsi sanctionnées ont pour finalité de protéger le consentement du consommateur, en instituant un formalisme informatif destiné à éclairer son consentement et en lui accordant des délais de réflexion ou de rétractation pour qu'il ait le temps de prendre connaissance de tous les éléments du contrat et, le cas échéant, de refuser de contracter ou de revenir sur son engagement. Pourtant, cela n'implique pas nécessairement que le respect des dispositions consuméristes aboutisse à un consentement libre et éclairé du consommateur[202]. Inversement, la violation de dispositions ayant pour objet de protéger le consentement du consommateur n'implique pas nécessairement un préjudice. En effet, l'importance des mentions informatives est variable en fonction de leur contenu. L'information portée à l'attention du consommateur peut lui être indifférente pour la conclusion du contrat. L'absence d'une telle information est alors sans influence sur la conclusion du contrat. En outre, l'omission d'une mention informative n'indique pas forcément que l'information n'a pas été portée à la connaissance du consommateur. De même, la violation des dispositions tendant à garantir l'effectivité d'un délai de réflexion ou d'un délai de rétractation est sans influence à chaque fois que le consommateur n'a pas eu l'intention de s'en prévaloir. Le caractère automatique de la nullité interdit de prendre en considération tous ces paramètres. Pire, le caractère automatique de la nullité permet au consommateur de mauvaise foi de l'invoquer pour se délier d'un contrat qu'il a conclu et exécuté en toute connaissance de cause.

95. Deuxièmement, même lorsque le consommateur a subi un préjudice du fait de la violation de dispositions consuméristes, la nullité n'est pas nécessairement efficace. En effet, pour qu'une sanction soit efficace d'un point de vue réparateur, elle doit être en adéquation avec le préjudice subi. Or, le préjudice subi par le consommateur ne consiste pas toujours en la conclusion d'un contrat inutile qui ne permet pas de satisfaire ses besoins. Le caractère automatique de la nullité altère alors l'efficacité de la sanction, en empêchant toute adaptation de la sanction au préjudice effectivement subi par le

[202] En effet, les effets pervers de la multiplication des obligations d'information sont souvent évoqués. Le consommateur se trouve parfois noyé sous les informations, qu'il ne prend pas la peine de lire. En outre, la présentation de certains contrats, à la limite de la loyauté, dissuade le consommateur de prendre connaissance des mentions informatives. Dans ces conditions, le respect du formalisme informatif ne garantit pas que le consommateur ait eu effectivement connaissance et ait compris l'information qui lui était destinée.

consommateur. Dans les contrats de consommation, la supériorité technique et juridique du professionnel, et surtout, l'incapacité matérielle dans laquelle se trouve le consommateur de négocier le contrat, entraîne le plus souvent un déséquilibre du contrat de consommation. La correction de ce déséquilibre est possible par d'autres mesures que l'anéantissement du contrat de consommation. Pour assurer la réparation efficacement, le préjudice, aussi bien dans son existence que dans sa nature ou son étendue, doit être appréhendé par les conditions de mise en œuvre de sa sanction. L'efficacité de la fonction réparatrice des sanctions suppose une certaine souplesse dans le choix de la mesure sanctionnatrice, pour rétablir au mieux la situation ; souplesse à laquelle s'oppose le caractère automatique de la sanction. Ce dernier permet de prononcer une sanction en l'absence de préjudice ou une sanction inadaptée à réparer le préjudice subi. Il se justifie lorsque l'accent est mis sur l'aspect répressif et dissuasif de la sanction. L'existence des nullités automatiques trouve alors une explication dans son caractère punitif et ces dernières s'apparentent plutôt à des peines privées qu'à des mesures essentiellement réparatrices[203].

96. La solution se trouve peut-être dans un retour au droit commun des contrats, et plus précisément dans l'application de la théorie des vices du consentement, qui intègre, au titre des conditions de l'annulation du contrat, la considération du préjudice subi par le contractant en subordonnant la nullité au caractère déterminant du vice. Même si, en l'état actuel du droit positif, le recours à la théorie des vices du consentement paraît inutile, son étude est nécessaire pour déterminer si elle est une alternative satisfaisante aux nullités automatiques. Pourtant, l'examen de la théorie classique des vices du consentement révèle des carences, parce qu'elle n'est pas adaptées aux problématiques actuelles du droit des contrats découlant des transformations économiques et sociales des deux derniers siècles.

[203] V. *supra* n^{os} 471 et s.

Section 2. Les carences de la théorie des vices du consentement

97. La nullité du contrat fondée sur le dol ou la violence présente un caractère très résiduel pour les contrats de consommation. Lorsque le professionnel a violé une disposition tendant à assurer au consommateur un consentement éclairé et réfléchi, le recours à la théorie des vices du consentement est théoriquement concevable, mais en pratique inutile. En effet, dans cette hypothèse, la nullité est prononcée automatiquement sur le seul fondement de la violation d'une disposition d'ordre public. L'application des vices du consentement ne peut alors s'envisager que si les dispositions spécifiques applicables aux contrats de consommation ont été respectées. Or, la possibilité d'invoquer le droit commun des contrats, lorsque les dispositions consuméristes ont été respectées, est une question discutée. L'objectif de protection des intérêts des consommateurs amène à considérer ce recours comme possible lorsque les dispositions spéciales ont échouées[204]. Toutefois, la preuve d'un vice du consentement, lorsque le professionnel a respecté les prescriptions légales, est difficile.

L'étude de la nullité fondée sur le dol ou la violence conserve néanmoins une utilité. D'abord, la théorie des vices du consentement peut s'avérer un complément opportun à la protection instaurée par les dispositions consuméristes quand, malgré leur respect, le consentement n'est pas intègre ou réfléchi. En outre, les nullités automatiques ne sont pas toujours des sanctions efficaces pour réparer l'inutilité du contrat provoquée par la faute du professionnel. L'étude du dol et de la violence permettra de montrer s'il est préférable de revenir aux sanctions de droit commun ou d'établir un régime spécifique des nullités dans les contrats de consommation.

98. Les dispositions relatives au dol et à la violence n'ont pas varié depuis l'adoption du Code civil par la loi du 7 février 1804. Elles traduisent la conception individualiste et libérale de leur époque. La multiplication et la standardisation des contrats, les techniques toujours plus poussées de séduction des consommateurs et les nouveaux modes de

[204] N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix en Provence : PUAM, 2002, n^os^ 582 à 584.

distribution ont eu pour conséquences l'émergence de rapports inégalitaires entre les parties et l'apparition de comportements nouveaux, susceptibles de contraindre un consentement ou de surprendre un consentement vicié. Ce constat a entrainé un affaiblissement de la théorie autonomiste du droit des contrats et une prise en considération croissante de la justice contractuelle. La protection du consentement, qui n'est plus vu comme le fondement unique du contrat, n'est plus une fin en soi : « protéger le consentement n'est donc que le moyen de faire respecter la justice contractuelle »[205]. Ce changement de perspective a amené le législateur à adopter des mesures correctrices de l'inégalité des contractants pour s'acheminer vers un meilleur équilibre contractuel. C'est l'objet principal du droit de la consommation. Mais, depuis le milieu du XX^{ème} siècle et malgré la stabilité des textes, le droit commun des contrats a également évolué pour tenir compte des problématiques actuelles. On assiste à *un élargissement des comportements sanctionnés sur le fondement du dol et de la violence (§1)*. Toutefois, cet élargissement ne permet pas d'appréhender tous les comportements des professionnels qui provoquent l'inutilité du contrat de consommation. En effet, *la définition étroite du caractère déterminant du dol et de la violence (§2)* est parfois un obstacle à l'efficacité de la nullité du contrat de consommation fondée sur la théorie des vices du consentement.

§1. L'élargissement des comportements sanctionnés par le dol et la violence

99. L'étude des *comportements sanctionnés sur le fondement du dol (A)* sera suivie de celle des *comportements sanctionnés sur le fondement de la violence (B).*

A. Les comportements sanctionnés sur le fondement du dol

100. Le dol est prévu par l'article 1116 du Code civil qui dispose : « Le dol est une cause de nullité de la convention lorsque les manœuvres pratiquées par l'une des parties sont telles, qu'il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté ». La loi ne définit pas avec précision le dol mais aux termes de l'article 1116

[205] J. GHESTIN, *Traité de droit civil : La formation du contrat.* 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993.

du Code civil, il présente une double fonction. D'abord, le dol est un délit civil[206]. La nullité prononcée sur ce fondement réprime un comportement fautif de l'une des parties commis au moment de la négociation ou de la conclusion du contrat. Ensuite, la sanction du dol a une vocation réparatrice. La nullité du contrat répare les conséquences néfastes de ce comportement pour l'autre partie en anéantissant un contrat qu'elle n'a pas voulu, ou qu'elle n'a pas voulu en ces termes. Les conditions de la nullité fondée sur le dol traduisent cette dualité. L'aspect répressif du dol impose qu'une faute, une « manœuvre », soit commise par l'une des parties au contrat dans l'intention de tromper l'autre partie. L'aspect curatif du dol impose que l'annulation ne soit prononcée que si la faute a provoqué une erreur déterminante du consentement de l'autre partie. L'adaptation des conditions du dol aux problématiques actuelles du droit des contrats se manifeste principalement par un élargissement des comportements sanctionnés sur ce fondement.

101. La loi ne définit pas les comportements qui constituent des « manœuvres » au sens de l'article 1116 du Code civil et qui ouvrent droit à une action en nullité du contrat pour dol. Le terme de manœuvres renvoie à l'idée d'actes positifs, accomplis par l'une des parties pour tromper le cocontractant. Elles peuvent être définies comme « toute espèce d'agissements tendant à créer une fausse apparence »[207]. L'élément matériel du dol est donc caractérisé lorsque l'une des parties a employé une mise en scène ou utilisé des artifices destinés à tromper l'autre partie. Dans les rapports entre professionnel et consommateur, le dol est constitué lorsque, par exemple, le professionnel manipule les produits qu'il propose au consommateur pour les rendre plus attractifs ou plus volumineux. Ainsi, constituent un dol le fait d'altérer le compteur kilométrique d'une voiture d'occasion ; le fait d'annoncer un traitement de faveur ou des remises par rapport aux prix indiqués dans le catalogue des produits alors que ces prix ne sont jamais pratiqués ; le fait d'employer des personnes pour jouer des clients satisfaits des prestations offertes par le professionnel ; *etc*…

102. Classiquement, le mensonge était assimilé aux manœuvres dolosives lorsqu'il était corroboré par des artifices extérieurs, c'est-à-dire par des actes positifs, tels que la

[206] Sur les origines délictuelles du dol v. note de bas de page n° 121.
[207] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 563.

production de faux[208]. Dans ce cas, l'existence de manœuvres pouvait être relevée. Puis, à partir des années 1950, la jurisprudence a commencé à admettre que le mensonge pouvait constituer, à lui seul, des manœuvres au sens de l'article 1116 du Code civil[209]. La solution a été affirmée clairement par la troisième Chambre civile de la Cour de cassation dans un arrêt du 6 novembre 1970. Elle précise qu' « un mensonge, non appuyé d'actes extérieurs peut constituer un dol »[210]. Ainsi, le fait d'étiqueter un produit de manière à créer la confusion avec une appellation d'origine contrôlée et d'exploiter sa notoriété constitue un dol[211]. De même, le fait de mentir sur l'état de fonctionnement d'un objet d'occasion constitue un dol.

103. Cette solution doit cependant être nuancée, parce que tout mensonge n'ouvre pas droit à une action en nullité du contrat pour dol. Certains mensonges sont tolérés par les usages. Par exemple, lorsqu'un professionnel vante exagérément les qualités du bien qu'il vend ou le service qu'il procure. Il est donc permis d'exagérer les qualités du produit proposé. On distingue alors le *dolus bonus,* le bon dol, qui est sans influence sur la validité du contrat, du *dolus malus,* le mauvais dol, qui est un mensonge suffisamment grave pour l'ouverture d'une action en nullité par la partie trompée. Ainsi, l'utilisation de métaphore dans la publicité, pour mettre en avant les qualités d'un produit, n'est pas nécessairement déloyale. Cette tendance n'interdit pas tout mensonge ou toute exagération, lorsqu'elle est grossière ou présente un aspect humoristique[212]. Toutefois, en raison de la multiplication des obligations spéciales d'information, de l'émergence d'une obligation générale d'information et du renforcement de l'exigence de loyauté dès la période précontractuelle, le domaine du *dolus bonus* tend à se restreindre, voire à disparaître, notamment pour les contrats de consommation[213]. En effet, si le professionnel

[208] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n° 212

[209] P. CHAUVEL, « Dol », *Rép. civ. Dalloz*, 2006, n° 27.

[210] Civ. 3ème, 6 novembre 1970, pourvoi n° 69-11.665 ; *Bull. civ. III*, n° 587 ; *JCP G*, 1971, II, 16962, note J. GHESTIN Dans le même sens : Civ. 1ère, 14 novembre 2010, pourvoi n° 08-20.386, Inédit.

[211] Dans ce cas, le délit de tromperie est consommé. V. Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-80.721, Inédit. En l'espèce, un producteur viticole avait étiqueté ses bouteilles avec l'appellation « Enclave des papes » dans le but de suggérer que son vin était issu d'une sous-région viticole de l'appellation d'origine contrôlée « Châteauneuf-du-pape ».

[212] C. CARREAU, « Publicité et hyperbole », *D.*, 1995, p. 225. Actuellement, on peut penser à la campagne de publicité pour un soda à l'orange diffusée sur les écrans de télévision. Les différentes publicités vantent des qualités sans rapports avec le produit vendu, il fait éclater le linge, il combat l'acné…, pour créer un décalage humoristique entre le produit et ses qualités supposées.

[213] S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*. Paris : Economica, 2008, n° 136.

doit délivrer une information sur les caractéristiques essentielles des biens et des services proposés au consommateur, *a fortiori,* il ne peut pas mentir sur leur qualité. Le recul du *dolus bonus* entraîne corrélativement un élargissement des comportements sanctionnés sur le fondement du dol.

104. Dans les rapports entre professionnels et consommateurs, ce phénomène touche particulièrement la publicité. Elle constitue précisément un mode de communication particulier, par lequel le professionnel vante les qualités de ses produits pour inciter les consommateurs à contracter avec lui. Il y a nécessairement une part d'exagération dans toute publicité. Du moins, le produit y est présenté sous son meilleur jour. Le législateur a encadré très tôt la publicité. De nombreuses publicités sont interdites, ou règlementées, en raison du produit sur lequel elle porte[214]. Plus généralement, le législateur a, dès 1963, interdit la publicité mensongère[215]. Depuis la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, l'article L. 121-1 du Code de la consommation prohibe toutes les pratiques commerciales trompeuses[216]. Ces dispositions pénales permettent de délimiter les comportements admissibles des professionnels. Elles ont donc une influence sur la définition du dol. Les comportements prohibés, sous peines de sanctions pénales, constituent une faute qui peut être sanctionnée sur le fondement du dol si les autres conditions sont réunies. Ainsi, en incriminant toujours plus de comportements, la marge de manœuvre des professionnels tend à se restreindre même si certaines décisions sont parfois compréhensives avec les professionnels dont la publicité pour les produits qu'ils proposent n'est pas conforme à la vérité scientifique[217].

105. Parallèlement à la réglementation de la publicité, certaines solutions jurisprudentielles tendent à renforcer la valeur des documents publicitaires en leur conférant une valeur contractuelle[218]. Récemment, la Cour de cassation a retenu, de manière assez générale, que « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur

[214] De nombreuses législations et règlementations s'intéressent à la publicité. Elles n'ont pas toutes pour objet d'assurer une bonne et loyale information au consommateur. Elles ont parfois des objectifs de santé publique ou tendent à assurer le respect des bonnes mœurs. V. pour une présentation des différentes législations applicables à la publicité S. PIEDELIEVRE, *op. cit.*, n^{os} 105 et s.
[215] Loi du 2 juillet 1963. La législation a évoluée à plusieurs reprises. V. *infra* n° 376.
[216] Sur l'infraction de pratiques commerciales trompeuses v. *infra* n° 376.
[217] Ainsi, le slogan « la pile wonder ne s'use que si l'on s'en sert » n'a pas été déclaré trompeur malgré l'inexactitude du message.
[218] Voir *infra* n^{os} 205 et s.

contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant »[219]. Cette sanction de la tromperie dans la publicité opère à un niveau différent du dol. Lorsque la tromperie est appréhendée par le dol, le problème est abordé au moment de la formation du contrat et la sanction réside dans son anéantissement ou dans la responsabilité extracontractuelle de son auteur. Lorsque la tromperie est sanctionnée par l'intégration des informations publicitaires dans le champ contractuel, le problème est abordé au moment de l'exécution du contrat. Le contrat n'est pas annulé, mais la publicité devient un document contractuel, et les promesses qui y sont contenues permettent de définir les obligations du professionnel. Les promesses non tenues constituent une violation des obligations contractuelles et sont sanctionnées comme telle. Néanmoins, cette solution confirme la tendance actuelle au renforcement des exigences de loyauté dans la formation du contrat et à la sanction du mensonge de l'une des parties.

106. Si la sanction de plus en plus large du mensonge au cours de la formation du contrat entraîne incontestablement un élargissement de la notion de dol, l'admission de la réticence dolosive l'amplifie considérablement[220]. Par un arrêt du 19 mai 1958, la première Chambre civile de la Cour de cassation a admis que l'existence d'un dol peut être « déduite du silence volontairement gardé » par l'une des parties[221]. A partir de là, l'admission de la réticence dolosive était acquise dans des circonstances particulières : lorsqu'il existait un rapport de confiance entre les parties ; lorsque la loi imposait une obligation d'information ; ou encore, en raison de la qualité spéciale de l'une des

[219] Civ. 1ère, 6 mai 2010, pourvoi n° 08-14.461, Inédit ; *Dr. et patr.*, 2011, n° 200, p. 11, obs. L. AYNES et PH. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 216-217, p. 19, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP G*, 2010, p. 1729, note F. LABARTHE ; *RDC*, 2010, p. 1197, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2010, p. 581, note GAUTHIER P.-Y.

[220] Dans la conception issue du Code civil de 1804, seuls des actes positifs peuvent caractériser un dol. La réticence, silence gardé volontairement par l'une des parties sur une information au cours de la période précontractuelle, ne peut donc constituer un dol et être sanctionnée par la nullité du contrat. Chaque partie est tenue de veiller à ses intérêts. Le droit autorisait alors la réticence qui était vu comme un comportement habile et qui se rapprochait du *dolus bonus*. En outre, l'exclusion de la réticence dolosive comme source d'annulation du contrat est à mettre en perspective avec les origines délictuelles du dol, indépendantes de l'idée de vice du consentement. A cette époque, les délits, les fautes, tant civiles que pénales, ne peuvent être caractérisés que par des actes positifs. L'omission n'est pas sanctionnée. L'idée de réprimer la faute d'omission seule n'apparaitra que plus tard (P. CHAUVEL, art. préc., n° 14). Ainsi, les tribunaux n'ont admis qu'en 1951 la sanction de la faute délictuelle d'omission sur le fondement de l'article 1382 du Code civil (Civ., 27 février 1951).

[221] Civ. 1ère, 19 mai 1958 ; *Bull. civ. I*, n° 251.

parties[222]. La réticence dolosive n'a été admise de manière générale que par l'arrêt de la troisième chambre civile de la Cour de cassation du 15 janvier 1971 : « le dol peut être constitué par le silence d'une partie dissimulant à son contractant un fait qui, s'il avait été connu de lui, l'aurait empêché de contracter »[223]. Désormais, la question n'est plus discutée. La jurisprudence admet régulièrement l'annulation du contrat pour dol sur le fondement de l'article 1116 du Code civil lorsqu'une des parties a retenu intentionnellement une information déterminante du consentement de l'autre partie, avant ou au moment de la conclusion du contrat. Le droit connaît dès lors de tout comportement, actif ou passif, commis en vue de tromper son cocontractant.

107. Depuis cette solution, il est possible de sanctionner par la nullité du contrat des comportements qui n'ont pas directement provoqué une erreur déterminante chez l'autre partie, mais qui consistent à exploiter une erreur déjà présente dans son esprit[224]. L'admission de la réticence dolosive se justifie par le renforcement de l'exigence de loyauté qui a été affirmée dès la conclusion du contrat. Du futur cocontractant, la personne avec qui il est prévu de contracter est devenue le futur « partenaire » contractuel avec qui il est nécessaire de collaborer. En droit de la consommation, de nombreuses obligations d'information sont imposées. Leur violation constitue alors l'élément matériel de la réticence dolosive. Cette dernière peut avoir une importance pratique considérable en la matière.

108. Toutefois, la constatation d'une mise en scène, d'un mensonge ou d'une réticence ne suffit pas à caractériser le dol. Le comportement dolosif, au sens de l'article 1116 du Code civil, n'est une cause de nullité du contrat que s'il est intentionnel, c'est-à-dire s'il a été adopté dans l'intention d'induire le cocontractant en erreur, pour l'amener à conclure le contrat. Cette exigence ne soulève pas de difficultés particulières lorsque le comportement reproché est un acte positif, parce que l'intention de tromper peut se déduire du comportement sanctionné. Le problème, pour démontrer l'élément intentionnel du dol, existe principalement lorsque l'une des parties a commis une réticence. La jurisprudence refuse d'annuler le contrat, sur le fondement du dol, du seul

[222] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 567.
[223] Civ. 3ème, 15 janvier 1971, pourvoi n° 69-12.180 ; *Bull. civ. III*, n° 38.
[224] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 565.

fait du manquement à une obligation d'information. La condition est constamment rappelée par la jurisprudence et elle apparaît parfois comme un obstacle à la sanction de certains comportements des professionnels qui ne respectent pas, par négligence, certaines dispositions déjà anciennes et qui ne peuvent alors pas être sanctionnés sur ce fondement, faute d'intention de tromper.

109. Finalement, le dol est une faute intentionnelle commise par une partie au contrat, son représentant ou son complice, dans l'intention de tromper une personne, pour l'amener à contracter. Les contours de la notion de dol varient en fonction de l'appréhension de la faute à un moment donné. En effet, la faute est une notion mouvante en fonction des données morales d'une société. L'élargissement sensible des comportements constitutifs de dol est logique au regard de l'évolution de la morale qui préside à la conclusion des contrats. Monsieur Chauvel relève ainsi, qu'en 1804, la morale quelque peu mercantile de l'époque faisait la part avantageuse aux contractants habiles[225]. Désormais, avec le renforcement de l'exigence de loyauté dans la formation des contrats, les comportements dolosifs sont beaucoup plus nombreux. En droit de la consommation, cette tendance est amplifiée par les nombreuses obligations légales et réglementaires mises à la charge des professionnels. Dès lors que l'une de ces obligations n'est pas respectée, le comportement du professionnel est un comportement dolosif. Plus précisément, l'inobservation des prescriptions protectrices du consentement du consommateur constitue une faute qui peut être sanctionnée sur le fondement du dol si les autres conditions sont réunies.

B. Les comportements sanctionnés sur le fondement de la violence

110. La violence est un vice du consentement prévu par les articles 1111 à 1115 du Code civil. Elle « atteint le consentement dans son élément de liberté : intellectuellement, la victime perçoit très bien qu'elle conclut un "mauvais contrat" ; elle s'y résout cependant, afin d'échapper à un mal plus grave dont elle est menacée pour le cas où elle refuserait de s'engager »[226]. Comme le dol, la violence a des origines délictuelles[227]. La

[225] P. CHAUVEL, « Dol », *Rép. civ. Dalloz*, 2006.
[226] J. GHESTIN, op. cit., n° 216

nullité du contrat prononcée sur le fondement de la violence présente une double finalité : elle punit la partie qui a tiré profit de la violence qu'elle a exercée ou qui a été exercée par un tiers[228], et elle répare le préjudice subi par la victime de la violence qui a contracté un contrat qu'elle n'a pas voulu. Dès lors pour qu'il y ait violence, il faut d'une part, un comportement violent, et d'autre part, que ce comportement ait provoqué, chez la victime, une crainte suffisamment grave et intense pour l'amener à conclure le contrat plutôt que de s'exposer au mal redouté.

111. La loi ne définit pas complètement les comportements violents sanctionnés par la nullité du contrat sur le fondement des articles 1111 et suivants du Code civil. L'article 1112 du Code civil, souvent présenté comme définissant la violence, ne la définit en réalité que par le seul résultat qu'elle doit provoquer sur la psychologie de la victime : « faire impression sur une personne raisonnable, et […] lui inspirer la crainte d'exposer sa personne ou sa fortune à un mal considérable et présent », sans pour autant préciser les actes matériels qui la caractérisent[229]. Comparée à la définition du dol, celle de la violence est peu abordée en jurisprudence et dans les cours et manuels de droit civil, l'accent étant mis sur l'élément qui vicie réellement le consentement : la crainte provoquée par la violence. A l'inverse, pour le dol, la distinction entre le comportement sanctionné, pour lequel les questions abordées concernent aussi bien son élément matériel (manœuvres, mensonges, ou réticences), que son élément moral (l'intention de tromper son cocontractant), et le résultat de ce comportement (l'erreur provoquée), est systématiquement abordée. En comparaison, les développements concernant la violence paraissent bien pauvres, ce qui peut s'expliquer par la faiblesse du contentieux de la violence par rapport à celui du dol[230]. Si la plupart des auteurs définissent la violence, non pas par l'acte matériel qui la caractérise, mais par le résultat redouté qu'elle doit être susceptible de provoquer, certains se sont efforcés d'identifier les comportements violents au sens des articles 1111 à 1115 du Code civil. Ainsi, Monsieur Bénabent précise que la

---

[227] P. CHAUVEL, art. préc. ; M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles.* Paris : LGDJ, 2002.

[228] A la différence du dol, la violence vicie le consentement, qu'elle ait été commise par l'une des parties, ou par un tiers. Art. 1111 C. civ.

[229] Actuellement, la même méthode est employée pour la définition des infractions pénales, notamment en droit de la consommation, dans le but d'embrasser le maximum de situations préjudiciables. V. *infra* n^{os} 350 et s.

[230] M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*. 2ème éd., Paris : PUF, 2010. ; J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 579.

violence se réalise « soit par la violence physique directe, soit plus couramment aux moyens de menaces sur la personne, ses biens ou sur des tiers »[231]. Messieurs Flour, Aubert et Savaux font le même constat, en insistant sur le fait, qu'en pratique, la violence s'exerce aux moyens de menaces qui sont d'ordre physiques, morales ou pécuniaires[232].

112. Si la violence est définie par son résultat, une contrainte exercée sur le consentement d'une personne, la réciproque n'est pas vraie : toute contrainte exercée sur le consentement d'une personne ne constitue pas nécessairement une violence. La nullité du contrat ne peut pas être prononcée sur le fondement des articles 1111 à 1115 du Code civil dès lors que le consentement est émis en raison d'une contrainte faisant pression sur lui. Cette solution serait contraire à la sécurité juridique, parce que la conclusion du contrat est toujours la conséquence de contraintes internes ou externes. A l'extrême, elle pourrait aboutir à prendre en considération des contraintes purement internes aux contractants comme l'addiction ou la compulsivité, vis-à-vis desquelles les autres parties sont complètement étrangères. En droit positif, toutes les contraintes ne peuvent pas être prises en considération pour l'annulation du contrat[233]. Seule la crainte pour sa personne, ses biens ou ses proches, est visée. En outre, cette crainte n'est pas, à la différence de l'erreur, une cause indépendante d'annulation du contrat. En effet, aucune disposition spécifique n'existe sur le modèle de l'article 1110 du Code civil pour ériger la crainte comme vice du consentement autonome. L'article 1114 du Code civil dispose en ce sens que « la seule[234] crainte révérencielle ne suffit point pour annuler le contrat ». La constatation supplémentaire d'une violence est nécessaire. De ce point de vue, les solutions rendues à propos de l'exploitation abusive des circonstances extérieures[235], appelée parfois abusivement violence économique, se situent dans la droite ligne de l'article 1114 du Code civil. La crainte qui résulte des seules circonstances économiques ne suffit point pour annuler le contrat. Elle devient une cause de nullité du contrat si, et seulement si, une violence, qui prend la forme d'une exploitation abusive de la pression exercée par les circonstances extérieures, s'y ajoute.

[231] A. BENABENT, *Droit civil : Les obligations*. 12ème éd., Paris : Montchrestien : Lextenso, 2010.
[232] J. FLOUR, J.-L. AUBERT, E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 218.
[233] G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ème éd., Paris : LGDJ, 1949, nos 45 et s.
[234] Souligné par nous.
[235] Sur la présentation de ces solutions, v. *infra* no 114.

113. La commission d'une violence étant toujours une condition nécessaire pour prononcer l'annulation d'un contrat conclu sous la contrainte, il est nécessaire de s'attarder sur la notion même de violence. En outre, une analyse plus fine des comportements sanctionnés sur le fondement de la violence, sur le modèle, adopté pour le dol, de la décomposition des infractions pénales en éléments[236], permet de résoudre certaines difficultés et notamment celles soulevées par l'apparente contradiction des alinéas 1 et 2 de l'article 1112 du Code civil. L'alinéa premier participe à définir les délits civils sanctionnés : ce sont les fautes susceptibles de provoquer une crainte chez « une personne raisonnable ». L'appréciation se fait *in abstracto* parce que c'est la définition du comportement de l'auteur de la violence qui est ici visée. Si son comportement est de nature à faire naître une crainte chez une personne raisonnable, alors il est considéré comme fautif et doit être sanctionné. Si son comportement n'est pas de nature à provoquer une crainte chez une personne raisonnable, alors le comportement n'est pas fautif et ne doit pas être sanctionné, même s'il a provoqué une crainte déterminante alors que cela n'était pas prévisible. Les infractions pénales de pratiques commerciales trompeuses et de pratiques commerciales agressives sont définies de cette manière[237]. L'alinéa 2 définit le résultat que le comportement doit atteindre pour entraîner la nullité du contrat : il doit avoir provoqué une crainte déterminante de la partie qui demande l'annulation du contrat. Dans ce cas, l'influence déterminante de la crainte doit être appréciée *in concreto* parce qu'il s'agit de savoir si le comportement adopté, qui provoque une crainte chez une personne raisonnable, a réellement provoqué une crainte chez la personne qui invoque la nullité du contrat, et si cette crainte a déterminé son consentement, c'est-à-dire si elle a provoqué la conclusion du contrat.

[236] En droit pénal, il est habituel de décomposer les délits en éléments. Ils se décomposent en un élément matériel qui correspond à l'agissement sanctionné, et en un élément moral, qui correspond à la faute morale commise. L'élément matériel est lui-même divisé en trois composantes que sont l'acte matériel prohibé, le résultat redouté et le lien de causalité. Cette décomposition des infractions pénales, qui permet de les définir avec une grande précision, peut tout à fait être transposée aux délits civils. D'ailleurs, la définition du dol comme vice du consentement, répond à cette méthode. Il est classique, et la jurisprudence vérifie ces exigences, de décomposer le dol en un élément matériel consistant en des manœuvres, mensonges ou réticences (acte matériel prohibé) qui doit causer (lien de causalité) une erreur déterminante du consentement de l'autre partie (résultat) et en un élément moral, caractérisé par l'intention de tromper. La définition de la violence paraît bien pauvre, puisque celle-ci n'est définit que par son résultat : une crainte déterminante du consentement de l'une des parties, les questions liées à l'acte matériel prohibé et à l'élément moral ne connaissant, quant à elles, que des développements succincts comparés à ceux se rapportant à l'acte matériel et à l'élément moral du dol. Sur les éléments des infractions pénales v. Les éléments de l'infraction.

[237] V. *infra* n^{os} 376 à 380, et n^{os} 388 et 389.

114. L'étude des comportements sanctionnés par la nullité du contrat sur le fondement de la violence permet de relever un mouvement d'élargissement. Classiquement, et suivant la définition générale de la violence, il y a violence lorsqu'une personne exécute « un acte de force, dont le caractère illégitime tient (par atteinte à la paix et à la liberté) à la brutalité du procédé employé (violence physique ou corporelle, matérielle) ou (et), par effet d'intimidation, à la peur inspirée (violence morale) »[238]. Dès lors, la violence se manifeste notamment par une atteinte à l'intégrité physique d'une personne ou de ses biens, ou par l'emploi de menaces. Mais en raison d'une définition imprécise des actes matériels qui constituent des actes de violence au sens des articles 1111 et suivants du Code civil, d'autres comportements fautifs, « illégitime[s] »[239], peuvent être sanctionnés sur ce fondement, tel que le harcèlement. Le point commun de ces comportements est de provoquer directement la crainte qui vicie le consentement. A partir de l'article 1112 du Code civil, la violence peut être définie comme tout comportement fautif qui provoque une crainte chez une personne raisonnable. Cette définition souple de la violence, qui suit l'évolution de la notion de faute, présente l'avantage indéniable de s'adapter aux problématiques actuelles.

115. En outre, l'admission de la sanction de l'exploitation abusive des circonstances extérieures élargit sensiblement la notion de violence, sanctionnée par la nullité du contrat. La première décision qui s'inscrit dans le mouvement de répression de l'exploitation abusive des circonstances extérieures par la nullité du contrat fondée sur les articles 1111 et suivants du Code civil a été rendue, à la fin du XIX^{ème} siècle, en matière de sauvetage maritime[240]. Depuis lors, quelques rares arrêts reprennent cette solution dans d'autres domaines[241], mais la jurisprudence n'est pas assez fournie pour en extraire un

[238] « Violence », *in Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant.* 8ème éd., Paris : PUF, 2007.
[239] Selon le terme employé par la définition issue de l'ouvrage Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant citée *supra*.
[240] Req., 27 avril 1887 ; *S.*, 1887, p. 372.
[241] Civ. 1ère, 30 mai 2000, pourvoi n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *CCC*, 2000, comm. n^{o} 142, note L. LEVENEUR ; *D.*, 2001. p. 1140, obs. D. MAZEAUD*; JCP G*, 2001,. II,. 10461, note G. LOISEAU *; RTD civ.* 2000., p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES*; ibid.* p.863, obs. P.-Y. GAUTHIER – Civ. 1ère, 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier le consentement » ; *CCC*, 2002, n^{o} 121, note L. LEVENEUR ; *D.*, 2002, p.1860, note J.-P. CHAZAL; *JCP G*, 2002, I, 184, obs. G. VIRASSAMY ; *Defrénois*, 2002, p. 1246, obs. E. SAVAUX*; RTD civ.*, 2002. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

régime général[242]. La différence avec les hypothèses classiques réside dans l'origine de la crainte. Dans ces hypothèses, la crainte n'est pas directement provoquée par le comportement violent. La violence réside dans le fait d'exploiter abusivement une crainte qui existait déjà chez l'une des parties au contrat. L'élargissement des comportements sanctionnés par la violence est flagrant. Alors que la violence n'était caractérisée que lorsque le comportement avait provoqué la crainte déterminante du consentement, désormais, elle consiste également dans le fait de tirer profit de craintes découlant de la pression des évènements extérieurs pour imposer des conditions particulièrement désavantageuses[243]. Actuellement, la sanction de l'exploitation abusive des circonstances extérieures se manifeste principalement par ce qu'on appelle la violence économique[244], c'est-à-dire la contrainte exercée par les circonstances extérieures, principalement économiques (chômage, maladie…), et qui imposent à une personne de conclure un contrat. Les conditions posées par la loi rejoignent celles dégagées par la jurisprudence. La pression des circonstances extérieures ne suffit pas à entraîner la nullité sur le fondement de la violence. Encore faut-il que l'une des parties ait profité de ces circonstances pour en tirer un avantage excessif[245]. Malgré tout, dans les contrats de consommation, les hypothèses dans lesquelles pourraient être invoquée une violence sont marginales. Cela s'explique parce qu'alors que les rapports de consommation sont dépersonnalisés en raison de la massification des contrats, la violence suppose un rapport personnel, une interaction entre le professionnel et le consommateur. En outre, même quand les professionnels adoptent des comportements tels que le harcèlement ou l'abus de

[242] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 586 ; F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil : les obligations.* 10ème éd., Paris : Dalloz, 2009, n° 247.

[243] Cette évolution peut être comparée à l'élargissement des comportements sanctionnés sur le fondement du dol (v. *supra* nos 100 à 110). Dans un premier temps, seuls les comportements susceptibles de provoquer une erreur déterminante du consentement (manœuvres ou mensonge) étaient sanctionnés par la nullité du contrat. Depuis l'admission de la nullité du contrat fondée sur la réticence dolosive, la nullité sanctionne également des comportements qui n'ont fait qu'exploiter une erreur déterminante préexistante.

[244] NOURISSAT C., « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, 2000, chron., p. 369 ; M. BOIZARD, « La réception de la violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5 ; Y.-M. LAITHIER, « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA*, 22 novembre 2004, n° 233, p. 6 et 23 novembre 2004, n° 234, p. 5

[245] Civ. 1ère, 30 mai 2000, pourvoi n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *CCC*, 2000, comm. no 142, note L. LEVENEUR ; *D.*, 2001. p. 1140, obs. D. MAZEAUD*; JCP G*, 2001,. II,. 10461, note G. LOISEAU *; RTD civ.* 2000., p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES*; ibid.* p.863, obs. P.-Y. GAUTHIER – Civ. 1ère, 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 : « seule l'exploitation abusive d'une situation de dépendance économique, faite pour tirer profit de la crainte d'un mal menaçant directement les intérêts légitimes de la personne, peut vicier le consentement » ; *CCC*, 2002, no 121, note L. LEVENEUR ; *D.*, 2002, p.1860, note J.-P. CHAZAL; *JCP G*, 2002, I, 184, obs. G. VIRASSAMY ; *Defrénois*, 2002, p. 1246, obs. E. SAVAUX*; RTD civ.*, 2002. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

faiblesse, qui pourraient être qualifié de violence au sens des dispositions de l'article 1116 du Code civil, la pression exercée sur le consentement ne se manifeste généralement pas par une crainte suffisamment grave pour obtenir l'annulation du contrat.

116. Même si la violence est un vice du consentement peu appliqué, l'élargissement des comportements sanctionnés est conforme à l'objectif d'efficacité de la nullité du contrat de consommation. Dans les rapports entre professionnels et consommateurs, la sanction de l'exploitation abusive des circonstances extérieures pourrait permettre d'appréhender certains comportements des professionnels qui exploitent les craintes des consommateurs pour leur imposer des contrats à des conditions particulièrement désavantageuses. Plus généralement, l'élargissement des comportements sanctionnés, aussi bien sur le fondement du dol que de la violence, permet d'entrevoir les possibilités offertes par ces dispositions dans les contrats de consommation. En effet, en définissant le dol comme toute faute ayant provoqué ou exploité une erreur déterminante du consentement, et la violence comme toute faute ayant provoqué ou exploité une crainte déterminante du consentement, toute violation du droit de la consommation par les professionnels, qui constitue nécessairement une faute, est susceptible d'être qualifiée de dol ou de violence, et donc, d'être sanctionnée par l'annulation du contrat si les autres conditions sont réunies. Ainsi, au regard de la large définition du dol et de la violence qui sont susceptibles d'être sanctionnées sur le fondement des articles 1111 et 1116 du Code civil, l'application de la théorie des vices du consentement, et spécialement le dol, semble, *a priori*, satisfaisante pour sanctionner les fautes des professionnels qui ont provoqué l'inutilité des contrats pour un consommateur. Toutefois, plusieurs éléments s'opposent à une pleine efficacité de l'effet réparateur que devraient exercer les vices du consentement dans les contrats des consommations. D'abord, le caractère intentionnel du dol apparaît comme un obstacle à l'efficacité de la nullité sur ce fondement. Il est, en effet, parfois difficile à établir. Ensuite, l'exigence du caractère déterminant du vice du consentement, et la définition étroite qui en est retenue, sont les principaux obstacles à l'efficacité réparatrice de l'inutilité du contrat dans les contrats de consommation.

§2. La définition étroite du caractère déterminant du dol et de la violence

117. L'étude de l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité du contrat fondée sur la théorie des vices du consentement suppose de vérifier que la définition des comportements ainsi sanctionnés permet d'appréhender tous les comportements des professionnels susceptibles d'entraîner l'inutilité du contrat, et de s'assurer que la nullité puisse être mise en œuvre à chaque fois que ces comportements ont provoqué l'inutilité du contrat. De ce point de vue, la définition des comportements prohibés sur le fondement du dol ou de la violence est globalement satisfaisante. Elle est suffisamment large pour appréhender les comportements fautifs des professionnels susceptibles de provoquer l'inutilité du contrat. D'une part, la définition des comportements sanctionnés ne détaille pas avec précision les actes matériels qui autoriseraient le prononcé de la nullité mais pointe simplement le résultat redouté : une erreur déterminante, ou une crainte déterminante. La technique qui définit le comportement sanctionné par le seul résultat redouté est condamnable en matière pénale, en raison des exigences du principe de légalité criminelle, garantes de la liberté individuelle, et de l'inefficacité qu'elle induit pour la dissuasion des comportements antisociaux[246], mais elle est redoutablement efficace en ce qui concerne la fonction réparatrice de la sanction. L'accent est mis sur le dommage à réparer. Le comportement sanctionné est défini globalement, comme les fautes qui causent ce résultat. D'autre part, le lien de causalité qui relie le comportement sanctionné par la nullité du contrat au préjudice, consistant en la conclusion d'un contrat qui n'est pas réellement voulu, est appréhendé de manière suffisamment souple pour étendre l'application de la nullité, à la fois aux hypothèses dans lesquelles le comportement sanctionné provoque directement l'erreur ou la crainte qui vicie le consentement et à celles dans lesquelles le comportement sanctionné provoque indirectement la conclusion du contrat en exploitant une erreur ou une crainte préexistante.

118. Il faut encore, pour s'assurer de l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité des contrats de consommation prononcée sur le fondement du dol ou de la violence,

[246] V. *infra* n[os] 483 et s.

vérifier que la prise en considération du préjudice, l'inutilité du contrat, au titre des conditions de l'annulation, permet d'annuler le contrat, à chaque fois que, et seulement si, le comportement fautif du professionnel a causé l'inutilité du contrat. En réalité, ce n'est pas le comportement du professionnel qui provoque directement l'inutilité du contrat. La causalité entre le comportement fautif du professionnel, et la conclusion du contrat inutile peut se décomposer en deux étapes. Premièrement, la faute, dol ou violence, consiste à provoquer ou à exploiter une erreur ou une crainte. Ce comportement n'est pas directement la cause de la conclusion d'un contrat inutile. Deuxièmement, l'erreur ou la crainte doit avoir déterminé l'une des parties à conclure un contrat inutile. Dès lors, l'inutilité du contrat pour l'une des parties se vérifie par le caractère déterminant de l'erreur provoquée ou exploitée par le dol, ou de la crainte provoquée ou exploitée par la violence.

119. Le dol entraîne la nullité du contrat lorsqu' « il est évident que, sans ces manœuvres, l'autre partie n'aurait pas contracté »[247]. Il faut alors que l'erreur provoquée par le dol ait déterminé le consentement de l'autre partie. Cela signifie que sans l'erreur, elle n'aurait pas conclu le contrat ou l'aurait conclu à d'autres conditions[248]. Contrairement à la nullité du contrat fondée sur l'erreur *stricto sensu* qui se limite à réparer l'inutilité du contrat provoquée par une erreur excusable, sur les qualités substantielles de l'obligation de l'une des parties, ou, dans les contrats *intuitu personae,* sur la personne du cocontractant, la nullité du contrat fondée sur le dol ne connaît pas de telles limitations relativement aux erreurs prises en considération. Peuvent ainsi être invoquées : l'erreur sur la substance ou les qualités substantielles de l'objet de l'obligation, l'erreur sur la valeur, l'erreur sur les motifs…

[247] Art. 1116 du C. civ.

[248] Sur la distinction entre dol principal et dol incident. La distinction entre deux hypothèses est régulièrement faite en ce qui concerne le caractère déterminant de la violation d'un contrat : soit le vice a été complètement déterminant pour le consommateur, c'est-à-dire qu'en l'absence de vice du consentement, il n'aurait pas contracté du tout ; soit le vice n'a été que partiellement déterminant pour le consommateur : en connaissance de cause, le consommateur aurait contracté, mais à d'autres conditions. Elle est remise en cause par de nombreux auteurs : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n° 214 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil : La formation du contrat.* 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 440. La pertinence de cette distinction est encore plus discutable concernant les contrats de consommation. En effet, lorsqu'il se présente sous la forme de contrat d'adhésion, le consommateur n'a comme alternative que de contracter ou de ne pas contracter. Il ne peut pas négocier les termes du contrat.

120. En outre, la jurisprudence a une attitude plutôt compréhensive à l'égard des victimes d'un dol parce qu'elle considère que le dol rend toujours l'erreur excusable. La solution a été affirmée de façon générale, en matière de réticence dolosive, par un arrêt de la troisième Chambre civile de la Cour de cassation du 21 février 2001 selon lequel la « réticence dolosive, à la supposer établie, rend toujours l'erreur excusable »[249]. Cette solution a été confirmée plusieurs fois, tant par la première Chambre civile[250], que par la Chambre commerciale[251]. Elle se justifie par le caractère intentionnel de la réticence dolosive qui interdit d'opposer l'erreur inexcusable de la victime du dol[252]. A la réflexion, si elle est mise en perspective avec la notion même de réticence dolosive, elle semble parfaitement cohérente, et dispense les juges du fond d'effectuer deux fois le même contrôle sous un angle différent[253]. En effet, si la réticence dolosive repose sur la sanction d'une obligation d'information imposée par la loi, le règlement, ou découlant du devoir de loyauté, alors il est légitime pour le créancier de l'obligation d'ignorer l'information qui doit lui être transmise. Il n'est pas inexcusable de commettre une erreur en raison de l'ignorance que la loi imposait au cocontractant de transmettre avant la conclusion du contrat. Si le créancier de l'information avait l'obligation de se renseigner, alors son éventuel cocontractant n'a pas commis de réticence[254]. Cette analyse est encore plus vraie pour les contrats de consommation en raison des qualités des parties.

121. Enfin, pour entraîner la nullité du contrat, l'erreur ainsi provoquée ou exploitée doit être déterminante du consentement, c'est-à-dire avoir été la cause de la conclusion

[249] Civ. 3ème, 21 février 2001, pourvoi n° 98-20.817 ; *Bull. civ. III*, n° 20 ; *D.*, 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD ; *Defrénois*, 2001, p. 703, obs. LIBCHABER ; *JCP G*, 2002, II, 10027, note Ch. JAMIN ; *JCP E*, 2002, p. 764, note P. CHAUVEL ; *RTD civ.*, 2001, p. 353, obs. Ph. MESTRE et B. FAGES .

[250] Civ. 1ère, 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.115, Inédit – Civ. 1ère, 3 mai 2011, pourvoi n° 09-71.144, Inédit.

[251] Com., 13 février 2007, pourvoi n° 04-16.520, Inédit.

[252] J. GHESTIN, « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G*, 2011, I, 703. Sur les conséquences de la distinction entre manquement à une obligation d'information et réticence dolosive en matière d'indemnisation v. *infra* n° 204.

[253] A. BENABENT, *Droit civil : Les obligations*. 12ème éd., Paris : Montchrestien : Lextenso, 2010.

[254] La motivation de l'arrêt de la troisième Chambre civile du 21 février 2001 confirme cette analyse. La Cour de cassation a pris soin de rajouté l'incidente « à la supposer établie », ce qui signifie que, dès lors que la réticence dolosive est établie, l'erreur provoquée est nécessairement excusable, puisqu'elle aurait dû être dissipée par l'information donnée. Dans cette affaire, le problème résidait peut être dans l'existence même d'une réticence dolosive.

d'un contrat inutile. L'appréciation du caractère déterminant se réalise *in concreto*[255], ce qui est tout à fait conforme à l'objectif réparateur de la nullité du contrat.

122. De même, la violence doit être déterminante du consentement de l'une des parties pour être une cause d'annulation du contrat sur le fondement des articles 1111 et suivants du Code civil. Là encore, ce n'est pas la violence qui est déterminante en soi. C'est la crainte provoquée ou exploitée par la violence qui doit être la cause déterminante de la conclusion du contrat. Toutes les craintes ne sont pas une source d'annulation du contrat. Seules sont prises en considération les craintes que la victime de la violence peut avoir pour sa personne, ses biens ou la personne de ses proches. Cela implique une recherche difficile dans la psychologie de la victime de la violence pour vérifier si la crainte provoquée ou exploitée est suffisamment grave pour déterminer le consentement. Certains auteurs analysent les rapports inégalitaires entre professionnels et consommateurs comme des cas de violences qui pourraient se rattacher à la sanction de l'exploitation abusive des circonstances économiques. En effet, de nombreuses contraintes pèsent sur les consommateurs lorsqu'ils concluent des contrats de consommation. Ils ont une marge de négociation très limitée, voire inexistante, et ils sont contraints de conclure les contrats aux conditions imposées par les professionnels. Mais à la réflexion, cette analogie est excessive. La contrainte exercée sur le consentement des consommateurs, quand bien même elle serait abusive, ne fait pas naître une crainte suffisante pour la qualifier de violence.

123. En droit de la consommation, le caractère violent des rapports entre professionnel et consommateur est appréhendé par l'infraction d'abus de faiblesse[256], incriminée spécialement à l'article L. 122-8 du Code de la consommation en matière de démarchage et, plus généralement, à l'article 223-15-2 du Code pénal. C'est une infraction bien spécifique qui vise un nombre limité d'hypothèses comparativement aux infractions de pratiques commerciales trompeuses ou de pratiques commerciales agressives. Finalement, le vice de violence conserve une utilité pour les violences physiques et morales, mais elles sont peu pratiquées par les professionnels. En outre, ces pratiques tombent sous le

[255] N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français.* Paris : LGDJ, 1965.
[256] Sur cette infraction v. *infra* n° 390.

coup de l'infraction de pratique commerciale agressive. Elles sont, de ce fait, sanctionnées par la nullité automatique du contrat de consommation sans qu'il soit nécessaire de démontrer les autres conditions du vice de violence. L'exploitation abusive des circonstances économiques permet de sanctionner certains comportements des professionnels. Mais la plupart des comportements qui entraînent la conclusion d'un contrat non voulu par le consommateur ou déséquilibré à son détriment ne correspondent pas à ce nouveau cas de violence.

124. Plus généralement, s'il est important d'exiger que la faute du professionnel sanctionnée par la nullité du contrat ait provoqué l'inutilité du contrat, c'est-à-dire qu'elle ait été déterminante du consentement de l'une des parties, pour éviter tout recours intempestif en annulation du contrat de consommation[257], la mise en œuvre de la nullité du contrat dans les seuls cas d'erreur déterminante ou de crainte déterminante du consentement est insuffisante. L'erreur et la crainte ne sont pas les seules causes de la conclusion d'un contrat inutile. De nombreuses motivations peuvent aboutir à un tel résultat : l'attirance qui résulte de la séduction exercée par les professionnels, la compulsivité, l'addiction, la lassitude, la pitié pour un professionnel en difficulté, *etc.* Les professionnels l'ont bien compris et ils n'hésitent pas à employer tous les ressorts possibles pour déterminer le consentement de leurs clients potentiels. Cette attitude n'a pas à être sanctionnée si elle n'est pas fautive. Mais lorsque le professionnel provoque ou exploite illicitement les motivations des consommateurs susceptibles de provoquer la conclusion d'un contrat inutile, rien ne s'oppose à ce que cette faute soit sanctionnée également par la nullité du contrat. La limitation de la nullité aux hypothèses dans lesquelles la faute du professionnel provoque ou exploite une crainte ou une erreur ne permet pas de sanctionner toutes les hypothèses dans lesquelles la faute du professionnel provoque, directement ou indirectement, la conclusion d'un contrat inutile. Les faits soumis à la Cour d'appel de Colmar, qui a rendu un arrêt le 30 janvier 1970[258], annulé par la Cour de cassation[259], mais néanmoins célèbre, illustrent bien cette difficulté. En l'espèce, une vieille dame avait subi des pressions pendant plusieurs heures de la part de

[257] V. *supra* n[os] 93 et s.
[258] CA Colmar, 30 janvier 1970 ; *D.*, 1970, p. 297, note E. ALFANDARI ; *JCP G*, 1971. II. 16609, note Y. LOUSSOUARN.
[259] Civ. 1[ère], 17 octobre 1973, pourvoi n° 70-11.367.

son gendre pour qu'elle lui vende des actions à bas prix au lieu de les donner à son fils. Ce comportement se rattache difficilement à la violence parce qu'il n'a pas fait naître une crainte suffisante pour faire impression sur une personne raisonnable et vicier le consentement. Il ne se rattache pas non plus au dol parce qu'il n'a pas fait naître une erreur déterminante de son consentement. Le consentement a été contraint par une lassitude provoquée par l'une des parties, lassitude qui n'est pas prise en considération pour l'annulation du contrat, même si elle trouve sa source dans un comportement fautif de l'une des parties. Le problème se pose dans les mêmes termes pour les contrats de consommation : les professionnels exercent parfois des pressions sur le consentement des consommateurs, au moyen de comportements illicites. Mais ces pressions déterminantes ne sont pas sanctionnées par la théorie des vices du consentement parce qu'elles ne prennent pas la forme d'erreur ou de crainte déterminante du consentement. Parfois la pression sur le consentement prend la forme de techniques de séduction qui ne peuvent être appréhendées ni par le dol, ni par la violence.

125. ***Conclusion du Chapitre 1.*** La nullité du contrat de consommation, qu'elle soit prononcée automatiquement sur le fondement de la seule violation de dispositions consuméristes, ou à la suite de l'application de la théorie des vices du consentement, permet de sanctionner la grande majorité des comportements fautifs des professionnels commis au cours de la période précontractuelle, ou au moment de la formation du contrat et qui sont susceptibles de provoquer l'inutilité du contrat. Mais l'un et l'autre fondement ne sont pas pleinement efficace d'un point de vue réparateur parce qu'ils ne prennent pas suffisamment en considération le préjudice à réparer. Pour les nullités automatiques, la question du préjudice est absente, l'annulation peut être invoquée de mauvaise foi par les consommateurs et être prononcée en l'absence de préjudice. A l'inverse, pour la nullité fondée sur la théorie des vices du consentement, la limitation de l'annulation du contrat aux seules hypothèses d'inutilité du contrat provoquée par une erreur ou une crainte ne permet pas d'appréhender toutes les situations actuelles dans lesquelles une faute d'un professionnel provoque l'inutilité du contrat. Il est donc nécessaire de restaurer les conditions de l'efficacité de la fonction réparatrice de l'annulation des contrats de consommation.

Chapitre 2

La restauration de l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité des contrats de consommation

126. L'étude des fondements actuels de la nullité du contrat de consommation, qui intervient à titre de sanction des comportements fautifs des professionnels au cours de la période précontractuelle, a révélé que, ni le droit commun que constitue la théorie des vices du consentement, ni la nullité automatique du contrat de consommation qui découle de la seule constatation de la violation d'une disposition protectrice du consentement du consommateur, ne sont pleinement efficaces dans une perspective réparatrice. La prise en considération des problématiques spécifiques aux contrats de consommation permet de proposer un régime de la nullité du contrat qui leur est spécialement adapté. La création d'un régime consumériste de la nullité du contrat de consommation permet, en outre, de prendre en considération toutes les spécificités du rapport de consommation. Elle redonne également une véritable cohérence au droit commun des contrats qui subit des distorsions du fait de l'intégration des considérations consuméristes dans sa mise en œuvre. Ce régime consumériste apporterait alors une sanction civile claire et cohérente aux nombreuses obligations imposées aux professionnels lorsqu'ils contractent un contrat de consommation.

127. Pour ce faire, il est nécessaire de *redéfinir les conditions de l'anéantissement des contrats de consommation (Section 1)*. Cependant, cette redéfinition est insuffisante. Les difficultés des consommateurs à obtenir l'anéantissement d'un contrat dont l'inutilité trouve sa source dans le comportement fautif du professionnel trouvent leur origine, plutôt dans les conditions de mise en œuvre de la nullité, que dans les conditions de son application. En conséquence, pour améliorer les conditions de l'efficacité réparatrice de la

nullité du contrat de consommation, *l'adaptation des conditions de mise en œuvre de l'anéantissement du contrat de consommation (Section 2)* est nécessaire.

Section 1. La redéfinition des conditions de la nullité des contrats de consommation

128. Envisagée comme une sanction, la nullité produit des effets efficaces d'un point de vue réparateur si elle permet de rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de violation de l'obligation sanctionnée. Autrement dit, la nullité du contrat de consommation produit efficacement des effets réparateurs si ces derniers sont en adéquation avec le préjudice subi par le consommateur. Les conditions de son prononcé doivent alors être conformes à cette recherche d'efficacité. A cette fin, il faut que la nullité puisse être appliquée au contrat de consommation dès que la faute d'un professionnel provoque la conclusion d'un contrat inutile pour le consommateur. Mais, compte tenu des effets sévères de la nullité, il faut également que les conditions de son prononcé établissent des limites. Ces limites découlent de la réalité du préjudice subi par le consommateur. Si les dispositions consuméristes doivent utilement protéger les consommateurs contre les fraudes des professionnels, souvent commises de manière généralisée, elles ne doivent pas devenir un instrument au bénéfice de consommateurs de mauvaise foi, qui leur permettrait de se délier injustement des contrats qu'ils ont conclus. Il apparaît alors que les conditions de la nullité du contrat de consommation favoriseraient son efficacité si elles s'articulaient autour *d'une appréhension large des comportements sanctionnés (§1)* et de la démonstration de *l'inutilité du contrat de consommation provoquée par le comportement fautif du professionnel (§2).*

§1. Une appréhension large des comportements sanctionnés

129. Du point de vue des comportements sanctionnés, la nullité du contrat prononcé de droit lorsque la violation d'une disposition consumériste protectrice du consentement est

constatée[260] et la nullité fondée sur la théorie des vices du consentement[261] sont globalement satisfaisantes. Ils permettent d'appréhender suffisamment largement les comportements fautifs des professionnels susceptibles de provoquer l'inutilité du contrat pour le consommateur. Dès lors, deux options sont envisageables pour définir les comportements des professionnels sanctionnés par la nullité du contrat de consommation. Premièrement, sur le modèle du dol et de la violence, ces derniers peuvent être définis par le seul résultat redouté comme toute faute qui provoque l'inutilité du contrat. Ce premier choix offre l'avantage d'assurer la sanction de tous les comportements fautifs qui sont susceptibles de provoquer le résultat redouté. Si cette orientation est suivie, la solution, pour restaurer l'efficacité de la nullité du contrat de consommation dans sa vocation réparatrice, serait d'adapter les conditions des vices du consentement pour améliorer l'efficacité de la nullité prononcée sur ce fondement[262]. Deuxièmement, les comportements sanctionnés par la nullité du contrat de consommation peuvent être définis par référence aux dispositions consuméristes protectrices des intérêts du consommateur comme toute violation d'une disposition consumériste protectrice du consentement du consommateur. Dans cette hypothèse, c'est le régime des nullités, prononcées de droit dès que la seule violation d'une disposition consumériste est constatée, qui devrait être adapté pour améliorer son efficacité réparatrice.

130. Cette deuxième option s'impose pour créer un régime de la nullité des contrats de consommation indépendant du droit commun des contrats. La spécialité du régime de la nullité exige que sa mise en œuvre soit conditionnée par le constat de *la violation d'une disposition consumériste (A).* Par ailleurs, l'exigence du caractère intentionnel de la violation d'une disposition consumériste est un frein à l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité du contrat de consommation. Dans l'objectif de renforcer son

[260] V. *supra* n^{os} 60 et s.
[261] V. *supra* n^{os} 97 et s.
[262] Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles fait une proposition en ce sens dans sa thèse consacrée à l'altération du consentement et à l'efficacité des sanctions contractuelles. Elle dresse le même constat de l'inefficacité de la fonction réparatrice des vices du consentement en raison de l'évolution contemporaine des relations contractuelles et de l'inefficacité des nullités automatiques. Elle propose de restaurer la théorie des vices du consentement autour de deux vices : l'erreur, qui peut être provoquée ou spontanée, et la faiblesse, qui permettrait de résoudre les nouvelles problématiques du droit des contrats. C. OUERDANE-AUBERT de VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002, n^{os} 342 et s.

efficacité, la nullité doit alors pouvoir être prononcée même lorsque le professionnel aura accompli *un comportement non intentionnel (B).*

A. La violation d'une disposition consumériste

131. L'élaboration d'un régime consumériste de la nullité du contrat peut s'articuler autour de la violation des dispositions consuméristes dont la finalité est de garantir la liberté et la réalité du consentement des consommateurs[263]. Ainsi, dès qu'une de ces dispositions est violée à l'occasion de la conclusion d'un contrat de consommation, le consommateur disposerait de la faculté de demander la nullité du contrat. En pratique, de nombreuses hypothèses sont visées. En effet, une part importante des dispositions protectrices des intérêts des consommateurs tend à corriger le déséquilibre inhérent aux rapports de consommation, en améliorant la qualité du consentement du consommateur. Ainsi, la violation d'une des nombreuses obligations d'information, d'une des nombreuses exigences du formalisme informatif imposées par les dispositions consuméristes, ou encore, l'insertion d'une clause illicite ou abusive, permettrait au consommateur d'invoquer la nullité du contrat de consommation qu'il a contracté. La possibilité pour le consommateur d'invoquer la nullité du contrat de consommation ne doit pas se limiter aux comportements dont le caractère fautif est directement perceptible parce qu'il ressort des termes même du contrat de consommation. Elle doit être étendue aux hypothèses dans lesquelles le professionnel méconnaît, en substance, les droits d'un consommateur. Un consommateur pourrait alors invoquer la violation des dispositions garantissant l'effectivité de sa faculté de rétractation parce que le professionnel a exigé de lui un paiement avant l'écoulement du délai légal. Dans le même ordre d'idée, il pourrait montrer que le comportement du professionnel constitue l'élément matériel d'une infraction pénale, incriminée en raison des atteintes qu'elle est susceptible de causer au consentement des consommateurs, comme la tromperie ou les pratiques commerciales trompeuses ou agressives.

[263] Les solutions jurisprudentielles actuelles tendent vers ce résultat, en admettant que la nullité des contrats de consommation puisse être prononcée de droit, du fait de la seule violation d'une disposition consumériste. V. *supra* n^{os} 70 s.

132. Le contenu et la charge de la preuve de la violation de la disposition consumériste invoquée par le consommateur pour demander l'annulation du contrat varient en fonction de la disposition invoquée. En principe, en application des règles générales issues des dispositions des articles 1315 et suivants du Code civil, la preuve incombe au consommateur. Il doit prouver d'une part, l'existence de l'obligation, ce qui ne soulève pas de difficulté particulière, et d'autre part, que cette obligation n'a pas été respectée. Lorsque le comportement du professionnel consiste en une violation du formalisme informatif imposé pour garantir un consentement éclairé au consommateur, la production du contrat de consommation signé par les parties suffit à démontrer qu'il n'a pas été respecté. De même, la preuve de l'insertion d'une clause illicite, contraire aux dispositions impératives réglementant le contenu du contrat, ressort directement des termes de l'écrit constatant l'accord des parties.

133. Parfois, la charge de la preuve est aménagée au profit du consommateur. La jurisprudence a ainsi admis que le professionnel était tenu de prouver qu'il a exécuté l'obligation d'information ou l'obligation de conseil qui lui incombait[264]. Par conséquent, le créancier de l'obligation d'information doit démontrer l'existence de l'obligation qu'il invoque (ce qui ne soulève pas de difficulté lorsque l'obligation d'information est légale), tandis que le débiteur a la charge de prouver qu'il a exécuté cette obligation, c'est-à-dire qu'il a délivré l'information, faute de quoi, il sera sanctionné. Cette solution a été consacrée récemment par le législateur pour les contrats de consommation. Les articles L. 111-1 et L. 111-3 du Code de la consommation ont été modifiés par la loi n° 2010-853 du 23 juillet 2010 relative aux réseaux consulaires, au commerce, à l'artisanat et aux services. Ils disposent désormais, respectivement dans leur III et V, qu' « en cas de litige portant sur l'application des I et II, il appartient au vendeur de prouver qu'il a exécuté ses obligations » et qu' « en cas de litige sur l'application des I et II du présent article, il appartient au prestataire de prouver qu'il a exécuté ses obligations ». Dès lors, les règles de preuve, en cas de litige opposant un consommateur et un vendeur ou un consommateur et un prestataire de service, relatives à l'exécution de l'une des obligations d'information imposées par l'article L. 111-1 ou l'article L. 111-2 du Code de la consommation, ont été

[264] V. par exemple : Civ. 1ère, 15 mai 2002, pourvoi n° 99-21.521 ; *Bull. civ. I*, n° 132 ; *CCC*, 2002, n° 135, note L. LEVENEUR ; *JCP G*, 2002, I, 184, obs. F. LABARTHE – Civ. 1ère, 28 octobre 2010, pourvoi n° 09-13.990 ; *Bull. civ. I*, n° 215.

aménagées spécialement par le législateur. En matière de clause abusive, les modes de preuve ont été partiellement aménagés. En principe, il appartient au consommateur de prouver le caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat de consommation. Cette preuve est toutefois facilitée pour certaines clauses définies par l'article R. 132-2 du Code de la consommation. La charge de la preuve a été renversée[265]. Lorsqu'un professionnel insère une des clauses définies par l'article R. 132-2 du Code de la consommation, il lui appartient de démontrer que la clause litigieuse n'est pas abusive.

134. Pour assurer l'efficacité de la nullité, il faut, autant que possible, faciliter le recours du consommateur, en allégeant la charge de la preuve qui lui incombe. Il n'est pas possible, dans la perspective de créer un régime de la nullité du contrat de consommation, de clarifier les règles gouvernant la preuve de la démonstration de la violation du droit de la consommation par le professionnel. En effet, cette preuve est variable en fonction de l'obligation considérée. De plus, les difficultés de preuve auxquelles les consommateurs sont confrontés n'ont pas la même intensité. Dans une perspective contentieuse, le renversement de la charge de la preuve impose au consommateur de viser avec précision quelle est l'obligation dont il invoque l'inexécution. A défaut, le professionnel ne pourrait pas apporter la preuve qu'il a respecté l'obligation considérée.

B. Un comportement non intentionnel

135. L'un des éléments entravant l'efficacité de la nullité du contrat fondée sur les vices du consentement, et plus précisément sur le dol, réside dans l'exigence du caractère intentionnel du comportement dolosif. Plus généralement, si l'élaboration d'un régime consumériste de la nullité du contrat de consommation, permet de s'affranchir des conditions de la nullité fondée sur le droit commun, elle amène à s'interroger sur le caractère, intentionnel ou non, de la violation ainsi sanctionnée, qu'il est préférable de retenir. La démonstration du caractère intentionnel du dol est difficile parce qu'elle implique de sonder la psychologie de son auteur. C'est pourquoi, certains considèrent que la preuve du caractère intentionnel du dol devrait être facilitée lorsque le comportement reproché est commis par un professionnel. Il est parfois proposé de renverser la charge de

[265] V. *infra* n° 239.

la preuve du caractère intentionnel du dol : le professionnel pour échapper à la nullité du contrat devrait montrer qu'il a violé la loi par imprudence ou par négligence et qu'il n'avait, en aucune manière, l'intention de tromper son cocontractant. Sans aller jusqu'à proposer une modification des règles de preuve, Monsieur Ghestin se demande si, à l'heure actuelle, « celui qui devait savoir, notamment le vendeur professionnel, ne commet pas une faute lourde équipollente au dol » lorsqu'il manque à une obligation d'information[266]. Dès lors, l'élément intentionnel serait caractérisé par des éléments objectifs, sans s'attarder sur la psychologie de la personne sanctionnée : la méconnaissance d'une obligation d'information et la qualité de professionnel. L'assimilation de la faute lourde au dol, définie comme la méconnaissance consciente des prescriptions destinées à améliorer le consentement du consommateur, permettrait de renforcer l'efficacité de la nullité du contrat de consommation.

136. Il faut aller plus loin, en s'inspirant des solutions légales et jurisprudentielles qui admettent que la nullité du contrat puisse découler de la seule violation des dispositions consuméristes. Dans cette hypothèse, ni les textes, ni les tribunaux, n'exigent que la violation de la disposition d'ordre public qui fonde la nullité ait été intentionnellement commise dans l'intention de vicier le consentement du consommateur. Dans une perspective réparatrice, l'accent doit être porté sur la seule réparation du préjudice qui doit être caractérisé avec précision, et non sur la gravité de la faute du professionnel. Dès lors, si la nullité présente une fonction essentiellement réparatrice, l'exigence du caractère intentionnel du comportement est superflue. L'existence d'une faute suffit à fonder la mesure réparatrice et donc, l'annulation du contrat. Cette solution se justifie d'autant plus au regard de la particularité des rapports de consommation. La répétition et la standardisation des contrats entraînent une multiplication des violations des dispositions consuméristes. Ce qui apparaît parfois comme une simple négligence traduit, en réalité, une fraude généralisée.

137. Ainsi, la nullité du contrat de consommation doit être fondée sur la violation fautive d'une disposition protectrice du consentement du consommateur. Généralement, l'inobservation d'une prescription légale ou règlementaire est fautive, et le consommateur n'aura pas à établir le caractère fautif de la violation de la loi qu'il allègue. Elle constitue

[266] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 561.

au minimum une négligence qu'un professionnel normalement prudent et avisé n'aurait pas commise. Mais, affirmer que la violation de la loi doit être fautive laisse théoriquement la possibilité au professionnel d'échapper à la sanction s'il montre qu'il peut invoquer un fait justificatif qui supprime le caractère fautif de son comportement. Il existe quatre faits justificatifs qui produisent cet effet : la légitime défense, l'état de nécessité, l'ordre de la loi ou l'erreur de droit. Le seul pouvant être sérieusement envisagé est l'erreur de droit, qui serait caractérisée par une erreur légitime sur l'état du droit de la consommation. Cependant, en raison du principe selon lequel « nul n'est censé ignorer la loi », l'erreur de droit est peu admise par les tribunaux comme fait justificatif. En outre, la qualité de professionnel entraîne pour corollaire l'obligation d'être particulièrement diligent aux lois et règlements applicables à l'activité menée. D'ailleurs, la jurisprudence ne fait preuve d'aucune indulgence envers les professionnels, même lorsque l'inobservation de la loi a pu être provoquée par une contradiction apparente des textes. Ainsi, la Cour de cassation considère que le professionnel qui ne reproduit pas toutes les mentions exigées par la loi dans son offre préalable de crédit est sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts, même lorsqu'il s'est conformé à un modèle type établi par décret et non mis à jour à la suite de modifications législatives[267]. Cette solution, adoptée pour la sanction de l'irrégularité de l'offre de crédit, montre la sévérité de la jurisprudence à l'égard des professionnels. Il est donc illusoire d'envisager, en pratique, qu'un professionnel puisse invoquer un quelconque fait justificatif. La violation des dispositions consuméristes sera donc toujours regardée comme fautive.

138. Pour conclure, la définition des comportements sanctionnés par la nullité du contrat de consommation qui permettrait d'assurer l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité est proche des solutions actuelles qui tendent à reconnaître que la nullité peut être prononcée dès que la violation d'une disposition consumériste a été violée par le professionnel au moment de la conclusion du contrat. Dès lors, la violation fautive d'une disposition consumériste protectrice du consentement du consommateur devrait permettre au consommateur d'invoquer la nullité du contrat. Pour ce faire, le consommateur devra identifier la règle violée qui soutient sa demande en annulation. Le professionnel pourra échapper au prononcé de la nullité en montrant qu'il a respecté la disposition en cause ou

[267] Civ. 1ère, 17 juillet 2001, pourvoi n° 98-22.364 ; *Bull. Civ. I*, n° 233 ; *D.*, 2002, p. 71, note D. MAZEAUD ;*JCP G*, 2002, obs. E. BAZIN – Civ. 1ère, 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-15.088 ; *Bull. civ. I*, n° 188.

que la violation n'est pas fautive parce qu'il peut invoquer un fait justificatif. Toutefois, cette seule condition ne peut suffire à justifier l'annulation du contrat. En effet, de nombreuses obligations imposées aux professionnels, comme certaines obligations d'information ou certaines exigences du formalisme informatif, apparaissent parfois superflues voire contre-productives[268], et leur violation n'entraîne pas nécessairement l'inutilité du contrat pour le consommateur. En conséquence, il est nécessaire d'exiger, en outre, que le consommateur démontre le caractère déterminant de la violation de la disposition consumériste.

§2. L'inutilité du contrat de consommation provoquée par le comportement fautif du professionnel

139. L'étude du droit positif montre que la nullité du contrat de consommation tend à être prononcée de droit, dès que la violation d'une disposition consumériste protectrice du consentement est constatée[269]. Si cette solution est très favorable au consommateur lorsqu'il désire invoquer la nullité du contrat de consommation qu'il a conclu, elle n'est pas satisfaisante d'un point de vue réparateur parce qu'elle ne prend pas en considération la nature du préjudice subi. Il n'existe alors aucune adéquation de la sanction avec l'effet recherché par la norme violée. Lorsque la norme violée tend à garantir la liberté ou la réalité du consentement du consommateur, le comportement du professionnel n'est préjudiciable que s'il a eu un effet néfaste sur le consentement du consommateur. Lorsque les conditions de la sanction autorisent le prononcé de la nullité du contrat, quelle que soit l'influence de la violation de la disposition consumériste sur l'intérêt que présente le contrat pour le consommateur, la sanction n'est pas en adéquation avec l'effet recherché par la norme violée[270]. La limitation de l'application de la nullité du contrat aux seules hypothèses où la violation de la disposition consumériste a entrainé la conclusion d'un

[268] En effet, la surabondance des obligations d'information est nuisible au consommateur qui doit faire le tri entre les informations essentielles à la compréhension de l'engagement qu'il s'apprête à conclure et celles qui sont simplement secondaires.

[269] V. *supra* n^{os} 70 et s.

[270] Plusieurs auteurs considèrent notamment que la nullité du contrat n'est pas une sanction adéquate du manquement à une obligation d'information ou aux exigences du formalisme informatif si une altération du consentement n'est pas, en outre, provoquée par ce défaut d'information. V. notamment : L. ATTUEL-MENDES, « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP G*, 2007, I, 188, n° 12 ; D. MAZEAUD, « La formation du contrat », *in Faut-il recodifier le Code de la consommation ?* Paris : Economica, p. 87 et s.

contrat inutile pour le consommateur se justifie alors par le fait que le droit de la consommation ne doit pas être un moyen pour les consommateurs d'obtenir des avantages injustifiés.

140. Par ailleurs, la mise en œuvre de la nullité entrave l'application d'autres sanctions plus adaptées à réparer le préjudice causé par le comportement fautif du professionnel. En ce sens, Monsieur Couturier retient que la sanction du formalisme « doit être calquée avec autant d'exactitude que possible sur la règle sanctionnée »[271]. Il est donc nécessaire d'intégrer la finalité de la règle violée dans le choix de la sanction. Or, les dispositions consuméristes qui imposent des obligations aux professionnels n'ont pas toutes pour finalité de protéger le consentement du consommateur. Elles tendent souvent à prédéterminer le contenu des contrats de consommation, afin de garantir leur équilibre. Leur violation est mieux réparée par le rétablissement de l'équilibre auquel devait aboutir l'application de la loi, que par l'anéantissement de l'entier contrat. En effet, la violation des dispositions consuméristes n'a généralement pas pour conséquence d'entraîner la conclusion d'un contrat inutile pour le consommateur. Elle provoque plutôt la conclusion d'un contrat dont l'équilibre, tant des obligations essentielles que des prestations accessoires, n'a pas été compris par le consommateur. Les sanctions alternatives à la nullité du contrat permettent, le plus souvent, de corriger les déséquilibres préjudiciables au consommateur et résultants de l'inapplication des dispositions consuméristes. Elles permettent, en outre, de maintenir le contrat expurgé de ses vices.

141. Enfin, l'orientation du droit positif est de favoriser le maintien du contrat, corrigé par le juge le cas échéant, plutôt que de l'anéantir dans son ensemble. La législation relative aux clauses abusives est à cet égard caractéristique. Lorsque c'est matériellement possible, l'insertion d'une clause abusive n'est pas sanctionnée par la nullité du contrat dans lequel elle figure, mais par la suppression de la seule clause abusive. Le critère permettant de déterminer si la suppression d'une clause abusive doit affecter l'entier contrat est un critère purement objectif. Le seul intérêt du consommateur n'est pas un élément à prendre en considération. Au regard du droit de l'Union européenne, le maintien du contrat se justifie par l'autonomie contractuelle, le principe d'équilibre dans

[271] G. COUTURIER, « Les finalités et les sanctions du formalisme informatif », *Defrénois*, 2000, n° 15-16, p. 285.

les relations contractuelles et la réalisation du marché intérieur, qui impliquent une confiance dans les transactions contractuelles. Ainsi, « une réglementation selon laquelle la validité du contrat dans son ensemble dépend de l'intérêt d'un seul des contractants non seulement ne permet pas de promouvoir cette confiance, mais pourrait également la miner à long terme »[272].

142. Si une violation quelconque des dispositions consuméristes est susceptible d'entraîner la nullité du contrat, il apparaît donc nécessaire d'établir des limites à son champ d'application et de ne pas l'ériger comme seule condition de l'application du régime consumériste de la nullité du contrat.

143. Une première possibilité est de se référer à la solution retenue en matière de vice du consentement et d'exiger que le comportement fautif du professionnel ait été déterminant du consentement du consommateur. Cette solution n'est toutefois pas opportune parce qu'elle créerait la confusion entre le régime de la nullité du contrat fondée sur les vices du consentement et le régime consumériste de la nullité du contrat fondée sur la violation de dispositions consuméristes. En outre, en matière de vice du consentement, le caractère déterminant de la faute du professionnel ne peut résulter que de deux ressorts psychologiques : l'erreur ou la crainte. Or, en pratique, de nombreux ressorts psychologiques peuvent conduire le consommateur à conclure un contrat inutile. Ainsi, Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles relève l'adaptation insuffisante du dol et de la violence aux problématiques actuelles lorsque la contrainte sur le consentement résulte d'une « forte insistance, d'un harcèlement moral ou d'une agression contractuelle »[273], parfois employés par des professionnels peu scrupuleux. La prise en considération des seules erreurs ou craintes provoquées par le comportement préjudiciable du professionnel est alors insuffisante au regard de l'évolution contemporaine des relations contractuelles[274]. La conclusion du contrat peut être provoquée par l'emploi de techniques de séduction déloyales, par l'emploi de pratiques commerciales agressives, qui déterminent le consommateur à conclure un contrat par

[272] Conclusion de l'avocat général, Madame Vérica, 29 novembre 2011, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič*, § 67.
[273] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002, n° 164.
[274] V. *supra* n^{os} 117 et s. V. également N. Rzepecki, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 576.

exemple par lassitude. Si Monsieur Ghestin a pu justement relever que « la liberté du consentement n'est jamais absolue » et que « le droit positif ne peut tenir compte de toutes les contraintes sociales ou économiques qui s'exercent sur la volonté »[275], il n'existe aucune raison de ne pas étendre l'anéantissement du contrat lorsque les contraintes qui pèsent sur le consentement du consommateur trouvent leur origine dans la violation des dispositions consuméristes ou lorsqu'elles ont été exploitées par la mise en place d'une pratique commerciale prohibée telle que les pratiques commerciales déloyales. Enfin, la violation des dispositions protectrices du consentement des consommateurs doit entraîner un assouplissement des conditions de l'annulation du contrat, qui prend en considération la spécificité des rapports de consommation pour le professionnel, leur répétition et leur standardisation.

144. Une seconde possibilité consiste à dégager un critère nouveau permettant de déterminer si la violation de la disposition consumériste doit être sanctionnée par la nullité du contrat. Dans une perspective réparatrice, le critère posé doit permettre de prononcer la nullité du contrat dans toutes les hypothèses, mais seulement celles-ci, dans lesquelles l'observance de la loi par le professionnel aurait dissuadé le consommateur de conclure le contrat. Le champ d'application du régime consumériste de la nullité du contrat de consommation pourrait alors être limité aux seules hypothèses où la faute du professionnel a engendré la conclusion d'un contrat inutile. En effet, selon Bentham, « c'est l'utilité du contrat qui en fait la force »[276]. L'inutilité serait caractérisée par l'absence d'intérêt que le consommateur avait à conclure le contrat. Ce critère recouvre en pratique deux types de situations. D'une part, l'inutilité est caractérisée lorsque le consommateur n'avait aucun intérêt, dès l'origine, à conclure le contrat : le consentement du consommateur trouve son unique origine dans la faute du professionnel. D'autre part, lorsque la conclusion du contrat a été voulue par le consommateur, l'inutilité est caractérisée lorsque le contrat n'est pas conforme à ce que consommateur pouvait légitimement en attendre, en considération de la faute du professionnel.

145. Pour que la notion d'inutilité du contrat permette d'appréhender toutes les situations dans lesquelles le consommateur a conclu un contrat qui ne permet pas de

[275] J. GHESTIN, *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 582.
[276] Cité par P.-Y. GAUTHIER, « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ*., 1995, p. 797.

satisfaire ses intérêts, il semble nécessaire de combiner l'appréciation *in abstracto*, dont la mise en œuvre se justifie par la spécificité du contrat de consommation, et l'appréciation *in concreto*, dont la mise en œuvre se justifie par l'individualité du consommateur, qui ne doit pas être niée par les dispositions consuméristes. Dans un premier temps, il serait souhaitable d'apprécier l'inutilité du contrat *in abstracto*, c'est-à-dire de rechercher l'influence qu'aurait eu la faute du professionnel sur le consommateur moyen. Lorsque le comportement du professionnel aurait provoqué la conclusion d'un contrat inutile par un consommateur normalement attentif et avisé, la nullité pourrait être invoquée par n'importe quel consommateur. L'inutilité du contrat serait alors irréfragablement présumée, et le professionnel ne pourrait pas démontrer que dans le litige particulier qui l'oppose à un consommateur identifié, la violation de la disposition consumériste a été sans influence sur l'utilité du contrat. Cette solution faciliterait la mise en œuvre de la nullité, particulièrement lorsque la disposition violée impose une obligation d'information ou exige un certain formalisme informatif, parce que leur adoption se justifie précisément par le fait qu'elles sont nécessaires pour garantir un consentement éclairé au contractant moyen, et dans les contrats de consommation, au consommateur moyen, raisonnablement attentif et avisé. Néanmoins, l'absence de consentement éclairé ne signifie pas pour autant que le contrat conclu est inutile. L'annulation du contrat ne peut donc pas être automatiquement prononcée dès qu'une obligation d'information a été violée. Il faut encore montrer que le consommateur moyen n'aurait aucune utilité au contrat conclu, ou que l'utilité du contrat ne pourrait être restaurée par l'application d'autres sanctions.

146. Dans un deuxième temps, si l'appréciation de l'inutilité du contrat ne permet pas au consommateur de se prévaloir de sa nullité, il serait souhaitable d'apprécier l'inutilité du contrat *in concreto*. Au regard des particularités du consommateur qui invoque la nullité du contrat. Cette appréciation *in concreto* doit s'ajouter à l'appréciation *in abstracto*, en raison du fondement retenu pour l'annulation du contrat de consommation. Comme la nullité se fonde sur la violation d'une disposition consumériste, son application ne doit pas être limitée par le fait que la faute du professionnel ne provoque pas habituellement ce préjudice. Ainsi, le professionnel doit réparer toutes les conséquences néfastes de son comportement, même si elles sont imprévisibles et qu'elles résultent, outre de son comportement, de particularités propres au consommateur qui invoque la nullité du contrat. Dès lors, ni le caractère inexcusable de la conclusion d'un contrat inutile, ni la faute de la victime, ne doivent entraver le droit de demander la nullité du

contrat de consommation lorsque son inutilité a été provoquée, au moins pour partie, par la violation de dispositions consuméristes.

147. L'aménagement des conditions du prononcé de la nullité du contrat de consommation au regard des spécificités du rapport de consommation permet d'améliorer l'efficacité réparatrice de cette sanction. Pourtant, cet aménagement est insuffisant à garantir son efficacité en raison de la faible effectivité des sanctions. Les consommateurs préfèrent souvent maintenir un contrat inutile plutôt qu'exercer un recours long et coûteux. Pour renforcer l'efficacité réparatrice de la nullité du contrat de consommation fondée sur l'inobservation des prescriptions consuméristes, il est également nécessaire d'adapter les conditions de mise en œuvre de l'anéantissement du contrat de consommation.

Section 2. L'adaptation des conditions de mise en œuvre de l'anéantissement du contrat de consommation

148. Il est communément admis qu'en l'absence d'accord des parties, la mise en œuvre de la nullité d'un contrat ne peut être que judiciaire[277]. Pourtant, le recours au tribunal est souvent un obstacle à la mise en œuvre de la sanction en raison d'une part, du coût et de la durée d'un procès, et d'autre part, de la faiblesse des enjeux financiers. Le consommateur préfèrera honorer un contrat qu'il n'a pas voulu plutôt que de s'engager dans un procès long et coûteux[278]. Dès lors, compte tenu des difficultés matérielles et psychologiques qui peuvent entraver l'action en justice des consommateurs, il est nécessaire de proposer des alternatives à l'anéantissement judiciaire du contrat de

[277] M. CUMYN, *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles.* Paris : LGDJ, 2002 ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite.* Paris : Economica, 2006, n° 125 ; C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*. Paris : LGDJ, 1992, n° 542 ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 1999. V. également : J. CARBONNIER, *Les obligations.* 22ème éd., Paris : PUF, 2000, n° 104 ; Y. PICOD, « Nullité », *Rép. civ. Dalloz*, 2004, n° 19 ; F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil : les obligations.* 10ème éd., Paris : Dalloz, 2009.

[278] En ce sens N. En ce sens : J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 240 ; N. RZEPECKI, *op. cit.*, n° 572. Selon l'auteur, les techniques spéciales du droit de la consommation devraient « dans la mesure du possible, éviter le recours à la théorie des vices du consentement qui suppose une action en justice, exercice toujours périlleux pour le consommateur ». L'élaboration d'un régime consumériste de la nullité du contrat de consommation n'enlève rien à ce constat.

consommation. Une première possibilité se situe dans la généralisation de la faculté de rétractation, parfois offerte au consommateur pendant un court délai après la conclusion du contrat, pour se délier des contrats de consommation qu'il a conclu. Toutefois, l'étude de ce mécanisme conduit à *rejeter la généralisation de la faculté de rétractation (§1)* comme substitut à l'annulation du contrat de consommation. Il est donc nécessaire d'élaborer un régime spécial de l'annulation du contrat de consommation qui autorise *l'annulation extrajudiciaire du contrat de consommation à l'initiative du consommateur (§2).*

§1. Le rejet de la généralisation de la faculté de rétractation

149. La rétractation est la « manifestation de volonté par laquelle une personne entend revenir sur un précédent engagement, de sorte que ce dernier, considéré désormais comme non avenu, soit privé de tout effet passé ou à venir »[279]. En matière de protection des consommateurs, la question de la rétractation du consentement renvoie à la faculté de rétractation qui est parfois offerte au consommateur pour réfléchir à son engagement. La faculté de rétractation n'est pas générale : aucune disposition ne la consacre pour tous les contrats de consommation. Elle est spécialement prévue pour certains contrats en raison de la complexité qu'ils présentent ou en raison des particularités qui entourent leur conclusion. Ainsi, cette faculté a été accordée pour la première fois par la loi n° 72-6 du 3 janvier 1972 relative au démarchage financier. Cette loi a rapidement été suivie par la loi n° 72-1137 du 22 décembre 1972 relative à la protection des consommateurs en matière de démarchage et de vente à domicile qui généralise cette faculté aux consommateurs lorsque le contrat est conclu à la suite d'un démarchage. Depuis, les contrats pour lesquels

[279] G. PAISANT, « La rétractation du consommateur en droit français », *in Le droit de rétractation ; Une analyse de droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 63

les consommateurs bénéficient d'une faculté de rétractation sont en expansion, au point que l'existence de cette faculté au profit des consommateurs semble être le principe[280].

150. Les facultés de rétractation introduisent une temporalité, au moment de la conclusion du contrat, qui ne correspond pas à la théorie classique de la formation du contrat suivant laquelle sa conclusion s'opère instantanément, au moment de l'échange des consentements. Dans un premier temps, les auteurs ont essayé de rattacher la faculté de rétractation à un mécanisme connu du droit des contrats, dans l'objectif d'en déduire le régime de ce droit offert au consommateur[281]. Cependant, la faculté de rétractation présente un caractère original, et son assimilation avec des mécanismes voisins n'est jamais pleinement satisfaisante[282]. Aussi, l'autonomie de la faculté de rétractation s'est imposée. L'attention s'est alors portée sur son régime et plus précisément sur le moment de la formation définitive du contrat de consommation lorsque le consommateur bénéficie d'une faculté de rétractation. La terminologie variable qui la désigne participe à cette incertitude[283]. Le terme de rétractation laisse entendre que le consentement a été valablement donné mais qu'il peut être retiré. A l'inverse, lorsque les dispositions se réfèrent à la faculté de renoncer à la commande ou à l'engagement d'achat, il est possible de comprendre que le consommateur n'est pas définitivement lié et qu'il peut renoncer à la conclusion du contrat. Pour certains, la formation du contrat est progressive. Le premier consentement exprimé par le consommateur est imparfait. Il ne suffit pas à

[280] S. MIRABAIL, *La rétractation en droit privé.* Paris : LGDJ, 1997, n° 130. Les consommateurs bénéficient d'un délai de rétractation de sept jours lorsque le contrat est conclu à distance et qu'il ne porte pas sur des produits financiers (art. L. 120-20 C. consom.). Il est porté à quatorze jours lorsque le contrat conclu à distance porte sur des services financiers (art. L. 121-20-12 C. consom.). Cette faculté est également prévue pour les contrats d'utilisation de biens immobiliers à temps partagé (art. L. 121-69 C. consom.), et pour les contrats de crédit à la consommation (art. L. 311-13 C. consom.). En outre, en dehors du Code de la consommation, certaines dispositions confèrent une faculté de rétractation aux consommateurs, notamment pour certains contrats d'assurance ou pour les contrats de courtage matrimonial.

[281] De nombreuses qualifications ont été examinées : promesse unilatérale de contrat au bénéfice du consommateur, formation progressive du consentement, contrat à l'essai, contrat avec dédit, contrat conclu sous condition suspensive ou résolutoire. V. notamment : V. CHRISTIANOS, « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.*, 1993, chron., p. 29 ; D. FERRIER, « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.*, 1980, chron., p. 177 ; N. RZEPECKI, *op. cit.*, n^{os} 122 à 124.

[282] N. RZEPECKI, *op. cit.*, n° 125 : « La faculté de rétractation ne s'intègre pas, malgré les efforts entrepris à cette fin par de nombreux auteurs, dans la théorie générale du contrat ».

[283] G. ROUHETTE, « Droit de la consommation et théorie du contrat », *in Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 265. V. également pour le droit de l'Union européenne : E. POILLOT, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats.* Paris : LGDJ, 2006, n^{os} 244 et s. Les dispositions communautaires emploient également une terminologie fluctuante, quelle que soit la version linguistique, qui soulève des interrogations quant à la nature de la faculté de rétractation.

former le contrat. Le consentement se consolide au cours du délai de rétractation et le contrat n'est parfait qu'à l'issue du délai légal[284]. Mais la majorité de la doctrine considère que le contrat est conclu au moment de son acceptation[285]. L'exercice de la faculté de rétractation anéantit alors un contrat valablement conclu. Plusieurs décisions de la Cour de cassation confirment cette analyse[286]. Elle s'impose par ailleurs au regard des dispositions de la directive n° 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droit des consommateurs, qui prescrit une harmonisation totale des législations des Etats membres. Elle a pour objet « de simplifier et d'actualiser les règles applicables » aux contrats conclus en dehors des établissements commerciaux et celles applicables aux contrats conclus à distance afin « d'en éliminer les incohérences et les lacunes indésirables »[287]. Dans cet objectif, les articles 9 à 16 de la directive harmonisent, autant que possible, le régime de la faculté de rétractation dont dispose les consommateurs dans ces hypothèses. Plus précisément, l'article 9 § 3 de la directive dispose que « les Etats membres s'abstiennent d'interdire aux parties contractantes d'exécuter leurs obligations contractuelles pendant le délai de rétractation ». Puisque l'exécution du contrat peut débuter avant l'achèvement de ce délai, le contrat est conclu dès le premier échange des

[284] R. BAILLOD, « Le droit de repentir », *RTD civ.*, 1984, p. 227. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation.* 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 114. Cette analyse semble confirmée par les dispositions de l'article L. 311-13 du Code de la consommation dans sa rédaction issue de la réforme du crédit de 2010 : « Le contrat accepté par l'emprunteur ne devient parfait qu'à la double condition que ledit emprunteur n'ait pas usé de sa faculté de rétractation [souligné par nous] et que le prêteur ait fait connaître à l'emprunteur sa décision d'accorder le crédit, dans un délai de sept jours ».

[285] E. BAZIN, « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.*, 2008, p. 3028 ; L. BERNARDEAU, « Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, *Heininger*, aff. C-481/99 », *JCP G*, 2002, I, 168 ; J. CARBONNIER, *Droit civil : Les obligations*. Paris : PUF, 2000, n° 114 ; S. DETRAZ, « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », *CCC*, 2004, étude n° 7 ; D. FERRIER, art. préc., n° 37 ; J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n° 187. Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation.* 2ème éd., Paris : Sirey, 2010, n° 198 ; S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation.* Paris : Economica, 2008, n° 208 ; J.-P. PIZZIO, « Un apport législatif en matière de protection du consentement : La loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile », *RTD civ.*, 1976, p. 66 ; N. RZEPECKI, *op. cit.*, n° 127.

[286] Civ. 1ère, 10 juin 1992, pourvoi n° 90-17.267 ; *Bull. civ. I*, n° 178 ; *CCC*, 1992, comm. G. RAYMOND : La Cour de cassation précise, à propos d'un contrat conclu à la suite d'un démarchage que « Le contrat était formé dès la commande ». V. également à propos de l'exercice de la faculté de rétractation offerte à l'acquéreur d'un bien immobilier par l'article L. 271-1 du code de la construction et de l'habitation : Civ. 3ème, 13 février 2008, pourvoi n° 06-20.334, *Bull. civ. III*, n° 29 – Civ. 3ème, 13 mars 2012, pourvoi n° 11.12-232 ; *à paraître au bulletin.* La Cour retient que « l'exercice par Mme Y... de son droit de rétractation avait entraîné l'anéantissement du contrat », ce qui suppose que l'acceptation initiale avait valablement formé le contrat.

[287] Considérant n° 2.

consentements, et non à l'issue du délai de rétractation dont dispose le consommateur[288]. L'exercice de la faculté de rétractation anéantit rétroactivement un contrat de consommation déjà conclu. Elle opère alors des effets similaires à ceux de la nullité du contrat, son anéantissement rétroactif, sans avoir à recourir à un juge. Elle a même été qualifiée d' « "annulation" extrajudiciaire »[289]. Il faut donc examiner si, compte tenu de sa finalité et de son régime, l'exercice de la faculté de rétractation est un substitut satisfaisant à la nullité du contrat.

151. L'exercice d'une faculté de rétractation est un substitut satisfaisant à l'anéantissement judiciaire du contrat si ses fondements se rapprochent de ceux de la nullité du contrat. L'analyse fonctionnelle de la faculté de rétractation révèle que, dans la majorité des hypothèses, celle-ci participe à protéger l'intégrité et la réalité du consentement du consommateur. Elle permet de rendre effective les nombreuses obligations d'information et les nombreuses exigences du formalisme informatif, qui participent à améliorer la qualité de son consentement. En effet, le consommateur a besoin de temps, notamment lorsque le contrat est complexe, pour prendre connaissance des informations sur le bien ou le service qui lui est proposé, ou sur les conditions accessoires du contrat. Parfois, la réflexion du consommateur est organisée en amont du contrat, par la prescription d'un délai minimum de réflexion pendant lequel le consommateur ne peut pas accepter l'offre qui lui est faite par le professionnel. Ainsi, l'article L. 312-10 du Code de la consommation dispose que l'acceptation d'un crédit immobilier soumis aux dispositions consuméristes ne peut avoir lieu qu'à l'issue d'un délai de réflexion de dix jours. Mais la rapidité des opérations de consommation s'oppose à un essor des délais de réflexion pour les contrats moins graves et moins complexes. Ainsi, pour garantir l'effectivité de l'information transmise au consommateur sur les caractéristiques du produit fourni par le professionnel et sur les caractéristiques du contrat conclu, le législateur confère aux consommateurs, pour certains contrats, une faculté de rétractation qui s'exerce après la conclusion du contrat et qui anéantit un contrat déjà conclu.

[288] L'analyse des dispositions des directives octroyant une faculté de rétractation au consommateur permettait déjà de conclure que, même quand elle est accordée, le contrat est formé dès l'échange des consentements. V. E. POILLOT, *op. cit.*, n^os^ 248 et s.
[289] S. DETRAZ, art. préc.

152. Généralement, l'octroi d'une faculté de rétractation aux consommateurs se justifie par l'altération du consentement qui est susceptible d'être causée par les circonstances de la conclusion du contrat ou par la complexité de l'opération de consommation envisagée. Elle a alors pour rôle d'aménager une échappatoire souple au consommateur qui désire se délier d'un contrat inutile qu'il a conclu sous la pression d'un professionnel[290]. L'examen des hypothèses dans lesquelles le consommateur dispose d'une faculté de rétractation montre que celle-ci est prévue par le législateur lorsque des pressions d'ordre psychologiques s'exercent sur le consommateur et l'empêchent de refuser la conclusion du contrat, ou encore lorsque la complexité et la gravité du contrat conclu s'opposent à une acceptation en connaissance de cause et demandent un délai pour réfléchir à l'engagement qui vient d'être souscrit. Pour Monsieur Rott, analysant les finalités des droits de rétractation en droit allemand, « ils apportent une réaction aux circonstances dans lesquelles il existe un danger que le consommateur ne soit pas capable de prendre une décision libre »[291]. L'atteinte au consentement résulte de la contrainte exercée sur le consommateur qui l'empêche de prendre connaissance des termes du contrat avant sa conclusion ou qui diminue sa faculté de refuser la conclusion du contrat. La faculté de rétractation apparaît alors particulièrement justifiée par l'idée d'altération du consentement en cas de démarchage, où la pression exercée sur le consommateur peut entraîner un engagement contraint, et lorsque le contrat est grave et complexe comme le contrat de crédit à la consommation ou le contrat d'assurance vie. Dans un autre domaine, celui des contrats conclus à distance, l'octroi d'une faculté de rétractation est plus difficilement justifié par l'altération supposée du consentement du consommateur en raison du comportement fautif du professionnel. Il semble plutôt qu'elle tend à favoriser la conclusion du contrat en lui permettant de se rétracter si le bien ne lui convient pas. En effet, le consommateur n'a pas pu examiner l'objet du contrat avant sa conclusion, la faculté de rétractation lui permet de revenir sur un contrat qui ne répond pas à ses attentes. Elle apparaît alors comme une sanction indirecte du défaut de conformité du contrat[292]. Au regard de la finalité des facultés de rétractation, leur généralisation semble conforme à la sanction des violations des dispositions consuméristes par la nullité du

[290] *Ibid.*
[291] P. ROTT, « Le droit de rétractation en droit allemand », *in Le droit de rétractation : une analyse de droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 7, n° 4.
[292] S. DETRAZ, art. préc., n° 26.

contrat. L'exercice de la rétractation et la nullité du contrat tendent l'une et l'autre à réparer l'altération du consentement du consommateur. Mais la généralisation de la faculté de rétractation n'est pas souhaitable. Elle aboutit au résultat paradoxal que, plus son domaine s'accroit, plus sa fonction protectrice d'un consentement altéré s'affaiblit.

153. S'il apparaît alors que l'exercice d'une faculté de rétractation tend indirectement à sanctionner une altération du consentement, cet objectif ne ressort pas directement de son régime. En effet, les dispositions relatives aux différentes facultés de rétractation ont pour traits communs, au-delà de la diversité des régimes, de garantir son effectivité et de faciliter sa mise en œuvre par le consommateur. Ainsi, l'information qui doit être donnée au consommateur sur l'existence et les modalités d'exercice de la faculté de rétractation est strictement encadrée par la loi. Le professionnel ne peut pas imposer au consommateur, par une clause du contrat, de renoncer à la faculté de rétractation. En outre, l'exercice de la faculté de rétractation doit être gratuit pour le consommateur afin de garantir son effectivité. La Cour de justice de l'Union européenne a rappelé cette exigence de gratuité en précisant que la directive européenne en matière de vente à distance « s'oppose à une réglementation nationale qui permet au fournisseur, dans un contrat conclu à distance, d'imputer les frais d'expédition des marchandises au consommateur dans le cas où ce dernier exerce son droit de rétractation »[293].

154. Enfin et surtout, le trait caractéristique de la faculté de rétractation est que sa mise en œuvre par le consommateur est discrétionnaire. Le consommateur n'a pas à motiver son choix de revenir sur la conclusion du contrat, notamment en alléguant un vice du consentement. L'exercice de cette faculté n'est donc pas susceptible d'abus de droit pouvant entraîner la responsabilité du consommateur. Il apparaît alors que l'exercice de la faculté de rétractation est pleinement autonome de l'existence d'un vice du consentement, et même d'une quelconque altération du consentement du consommateur[294]. En conséquence, son exercice ne correspond pas nécessairement à une réaction à l'inutilité du contrat de consommation provoquée par un comportement fautif du professionnel. Elle

[293] CJUE, 4ème ch., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH*.
[294] CJCE, 22 avril 1999, aff. C-423/97, *Travel Vac* ; *JCP G*, 2000, I, 218, note L. BERNARDEAU ; *RTD com.*, 1999, p. 995 ; obs. M. LUBY. Dans cette décision, la Cour de justice des communautés européennes, devenue la Cour de Justice de l'Union européenne, a décidé que « le consommateur peut exercer son droit de renonciation […] sans qu'il y ait lieu de démontrer que le consommateur a été influencé ou manipulé par le commerçant ». V. également : D. FERRIER, art. préc., n° 41.

dépend exclusivement de la volonté du consommateur, qui peut faire, s'il le désire, preuve d'une extrême versatilité. Les facultés de rétractation, étant discrétionnaires et ne faisant l'objet d'aucun contrôle, elles doivent donc être limitées aux situations dans lesquelles les contraintes sur le consentement du consommateur sont les plus susceptibles d'être exercées. En effet, l'exercice de la faculté de rétractation affaiblit la règle morale du respect de la parole donnée qui se traduit juridiquement par la force obligatoire des contrats. En outre, le consommateur n'est pas toujours en position de faiblesse. Les dispositions consuméristes ne doivent pas renverser la balance et créer un déséquilibre au profit du consommateur.

155. Ainsi, la généralisation de la faculté de rétractation à tous les contrats de consommation ne semble pas opportune[295]. Il semble préférable d'envisager, à côté de la faculté de rétractation limitée aux hypothèses dans lesquelles les atteintes susceptibles d'être portées au consentement du consommateur sont les plus criantes, une annulation extrajudiciaire du contrat de consommation aux risques et périls du consommateur, sur le modèle de la résolution extrajudiciaire du contrat aux risques et périls de l'une des parties.

§2. L'annulation extrajudiciaire du contrat à l'initiative du consommateur

156. Actuellement, l'anéantissement du contrat de consommation ne peut être envisagée que lorsqu'il existe, pendant un bref délai, une faculté de rétractation au profit du consommateur, ou lorsqu'elle est prononcée à la suite d'une action judiciaire, longue et coûteuse au regard de la faiblesse des enjeux pratiques. Pour améliorer l'efficacité des sanctions de la violation des dispositions consuméristes ayant provoqué l'inutilité du contrat, il est souhaitable d'introduire en droit français une possibilité d'annulation extrajudiciaire du contrat de consommation au profit du consommateur. L'annulation

[295] En ce sens : J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 144.

extrajudiciaire du contrat existe dans d'autres systèmes étrangers[296], mais les études doctrinales qui y font références sont rares[297]. Le désintérêt de la doctrine française pour cette question s'explique en partie par le fait que la nullité judiciaire du contrat n'est pas opposée à la nullité extrajudiciaire du contrat mais à l'inexistence du contrat, qui n'aurait pas besoin d'être prononcée par le juge [298]. Les débats se concentrent alors sur la réalité et sur la pertinence de la théorie de l'inexistence en droit des contrats, plus que sur les alternatives possibles à la nullité judiciaire.

157. Il n'est évidemment pas question d'avoir recours à la théorie de l'inexistence pour justifier l'anéantissement extrajudiciaire du contrat de consommation lorsque la violation de dispositions consuméristes a provoqué la conclusion d'un contrat inutile. Il s'agit de proposer un régime d'annulation extrajudiciaire du contrat de consommation sur le modèle de la résolution extrajudiciaire aux risques et périls de la partie qui l'invoque[299]. Alors que suivant les dispositions de l'article 1184, alinéa 3, qui dispose que « la résolution doit être demandée en justice », la résolution unilatérale du contrat en raison de l'inexécution des obligations contractuelles par l'une des parties s'est imposée progressivement. Il a d'abord été admis que la résolution unilatérale du contrat pouvait être exercée lorsqu'une clause résolutoire était insérée dans le contrat. Puis, la jurisprudence a admis qu'un manquement grave aux obligations contractuelles autorisait l'autre partie à résoudre unilatéralement le contrat, même lorsque le contrat ne contient pas de clause résolutoire[300]. Cette résolution s'opère aux risques et périls de celui qui la met en œuvre. Cela signifie que le juge est compétent pour vérifier, *a posteriori*, si les conditions de la résolution du contrat étaient bien réunies. A défaut, la résolution

[296] La possibilité d'annulation du contrat par simple déclaration unilatérale de volonté est par exemple admise en Allemagne. A ce sujet v. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 1999, n[os] 33 et s. ; M. PEDAMON, *Le contrat en droit allemand.* 2[ème] éd., Paris : LGDJ, 2004, n° 92. Elle est également reprise dans les principes européens du droit des contrats. V. sur ce point : S. GAUDEMET, Gaudemet S., *La clause réputée non écrite*. Paris : Economica, 2006, n° 137.

[297] V. Toutefois M. REZGUI, « L'annulation unilatérale du contrat », *LPA*, 1[er] juillet 2009, n° 130, p. 6.

[298] La théorie de l'inexistence a été formulée au cours du XIX[ème] siècle. Elle a d'abord été développée en droit matrimonial pour fonder, en l'absence de texte, la nullité des mariages entre deux personnes du même sexe. Puis certains auteurs ont développés une théorie de l'inexistence. Selon cette théorie, certains vices affectent si profondément le contrat envisagé par les parties qu'il n'a jamais pu être formé. A la différence de la nullité du contrat, l'inexistence opère de plein droit et n'a pas à être prononcée par un juge.

[299] Sur la résolution du contrat aux risques et périls du créancier : F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. SIMLER, *Droit civil : les obligations.* 10[ème] éd., Paris : Dalloz, 2009, n[os] 660 et s.

[300] Civ. 1[ère], 13 octobre 1998, pourvoi n° 66-21.485 ; *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.*, 1999, p. 198, note Ch. JAMIN ; *Defrénois*, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G.*, 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *RTD civ.*, 1999, obs. J. MESTRE.

unilatérale sera privée d'effet, et l'auteur de la résolution unilatérale fautive devra réparer les éventuels préjudices causés à l'autre partie.

158. En s'inspirant de la résolution unilatérale du contrat, il est possible d'admettre l'annulation unilatérale du contrat de consommation par le consommateur à ses risques et périls. L'annulation serait alors mise en œuvre par simple notification du consommateur au professionnel. La notification devrait préciser en quoi les conditions de l'annulation du contrat de consommation sont réunies. Elle doit alors justifier la nullité du contrat au regard de la méconnaissance des dispositions consuméristes par le professionnel et au regard de l'inutilité du contrat qu'elle a provoquée. Si le professionnel estime que l'annulation du contrat n'est, en réalité, pas fondée, le professionnel pourrait saisir le Tribunal compétent pour qu'il contrôle, *a posteriori*, les conditions de l'annulation du contrat.

159. Cette solution renforcerait l'effectivité de la sanction en permettant au consommateur de l'invoquer sans avoir recours au juge. Elle a en conséquence l'avantage indéniable de renverser l'initiative du procès. Compte tenu des faibles sommes en jeu, les professionnels hésiteront à traduire les consommateurs en justice pour contester l'annulation unilatérale du contrat. L'inertie profiterait non plus alors aux professionnels, qui savent que les consommateurs hésitent avant de s'engager dans un procès, mais aux consommateurs qui auront notifié au professionnel l'annulation unilatérale du contrat. En outre, l'annulation unilatérale du contrat est préférable à la généralisation de la faculté de rétractation parce que son exercice pourrait faire l'objet d'un contrôle par le juge afin de sanctionner les comportements abusifs[301].

160. L'admission de la possibilité pour le consommateur de notifier unilatéralement la nullité du contrat en raison de la violation de dispositions destinées à protéger ses intérêts ne modifierait en rien le régime de la nullité du contrat. Il a été montré que les nullités fondées sur la violation de dispositions d'ordre public de protection sont des nullités

[301] Toutefois, les abus des consommateurs en la matière ne sont pas à craindre. L'expérience montre que l'exercice de la faculté de rétractation est rare. Il en serait de même avec l'annulation unilatérale du contrat par le consommateur. Il faut encore qu'il y ait intérêt. L'obligation du motivation suffirait à limiter les comportements les plus versatiles.

relatives[302]. En conséquence, le droit d'invoquer la nullité du contrat est limitée aux personnes protégées par la règle violée. Ainsi, le professionnel ne peut pas invoquer la violation de la loi qu'il a lui-même commise pour obtenir l'annulation du contrat. La possibilité d'annuler unilatéralement le contrat devrait alors se prescrire dans les conditions du droit commun. La nullité du contrat prononcée unilatéralement par le consommateur étant relative, elle devrait être exercée dans un délai de cinq ans.

161. La distinction entre nullité relative et nullité absolue, et les conséquences qui en découlent, ne conviennent pas toujours à aux nullités fondées sur la violation d'un ordre public de protection[303]. C'est pourquoi, cette qualification n'enferme pas les juges dans un carcan leur imposant de tirer toutes les conséquences du caractère relatif de la nullité. Dans un souci d'efficacité de la norme sanctionnée, les solutions sont guidées par le but de la norme violée. Ainsi, la confirmation du contrat n'est généralement pas admise lorsque la règle sanctionnée a une finalité protectrice. Les clauses insérées dans le contrat par lesquelles le consommateur renonce à exercer ses droits sont généralement qualifiées d'abusives. Elles ne peuvent, en aucune manière, éteindre le droit du consommateur de se prévaloir de la protection qui lui est accordée par la loi.

162. Toutefois, il est possible de prévoir, comme pendant à l'annulation unilatérale du contrat la faculté, pour le professionnel de régulariser l'illicéité, pour mettre fin à l'action du consommateur fondée sur la violation initiale de la loi[304]. La régularisation pourrait s'opérer par la notification au consommateur de l'illicéité que le professionnel désire régulariser. Le professionnel devrait également faire part des mesures propres à régulariser l'illicéité, c'est-à-dire à rendre conforme le contrat de consommation à la loi et à réparer les conséquences préjudiciables qu'elle a provoquées pour le consommateur. La notification préciserait que le consommateur à la possibilité de refuser la régularisation pour accepter ou pour refuser la régularisation. L'acceptation de la régularisation de l'illicite mettrait fin à la possibilité pour le consommateur de l'invoquer à l'occasion d'un litige, ou de s'en servir comme fondement pour prononcer l'annulation unilatérale du contrat. S'il refuse la régularisation, il conserve toutes les actions dont il disposait

[302] V. *supra* n^{os} 85 et s.
[303] V. *supra* n^{o} 92.
[304] Sur la régularisation de l'illicéité imposée par le juge v. *infra* n^{os} 319 et 320.

antérieurement pour demander la réparation du préjudice causé par l'illicéité dont il a été informé, y compris l'annulation unilatérale du contrat.

163. La régularisation n'a pas le même intérêt pratique suivant les hypothèses. Ainsi, il est peu probable qu'un professionnel reconnaisse qu'il a commis une pratique commerciale agressive et informe le consommateur de la possibilité pour lui d'annuler unilatéralement le contrat. En revanche, cette possibilité semble utile pour des illicéités dont les conséquences sont moins graves ou dont les effets sont moins importants pour réparer le préjudice causé au consommateur. Ainsi, lorsqu'il s'agit de pallier un manquement à une obligation d'information qui peut toujours être invoquée par le consommateur pour fonder une annulation unilatérale du contrat, la régularisation semble possible. Surtout, cette possibilité semble particulièrement adapter dans le domaine des clauses abusives. Dans cette dernière hypothèse, le professionnel pourrait ainsi reconnaître le caractère abusif d'une clause et proposer une clause de remplacement, avant même que cette clause ait été appliquée. L'intérêt de la régularisation est entier pour le professionnel, parce qu'en l'absence d'application effective de la clause avant sa suppression du contrat, le consommateur aura de grandes difficultés à justifier de l'inutilité du contrat permettant de fonder son annulation unilatérale.

164. ***Conclusion du Chapitre 2.*** L'élaboration d'un régime consumériste fondé sur la violation des dispositions consuméristes est souhaitable. Ce régime s'inspire fortement des solutions actuelles qui tendent à admettre que la nullité du contrat de consommation puisse être prononcée de droit dès que la violation d'une disposition consumériste est constatée. Toutefois, dans l'objectif de limiter la nullité du contrat aux hypothèses où elle répare efficacement le préjudice subi par le consommateur, il est nécessaire de renforcer les conditions de son application en imposant au consommateur de démontrer que la violation des dispositions du contrat de consommation a provoqué la conclusion d'un contrat qui s'avère inutile. Parallèlement, lorsque ces conditions sont réunies, il est souhaitable de favoriser la mise en œuvre de la nullité. L'obstacle principal de la nullité du contrat de consommation est son caractère judiciaire. Les consommateurs ne s'engagent, personnellement et financièrement dans un procès dont l'enjeu financier est faible. Si *a priori*, la généralisation de la faculté de rétractation du consommateur à tous les contrats de consommation est une alternative pertinente à l'anéantissement judiciaire du contrat de consommation, elle doit être rejetée. L'atteinte que son exercice

discrétionnaire porte à la force obligatoire des contrats impose de la cantonner aux hypothèses dans lesquelles la liberté et l'intégrité du consentement du consommateur sont les plus menacées. Il est préférable de conférer au consommateur la possibilité d'annuler le contrat par simple notification au professionnel des motifs de l'annulation, à charge pour le professionnel de saisir le juge s'il estime que l'annulation n'est pas fondée au regard du régime consumériste de la nullité du contrat. Ce mécanisme pourrait être utilement compléter par la possibilité de régulariser le contrat à l'initiative du professionnel. Le professionnel informerait le consommateur de la violation de la loi susceptible de fonder la nullité du contrat et proposerait une mesure destinée à en réparer les conséquences. Le consommateur disposerait alors d'un bref délai, qui pourrait être calqué sur le délai de quatorze jours qui tend à s'imposer sous l'influence du droit communautaire pour les délais de rétractation, pour invoquer annuler unilatéralement le contrat aux conditions définies ci-dessus. A l'issue de ce délai, le consommateur ne pourrait plus invoquer la violation initiale de la loi pour demander la nullité du contrat.

165. L'adoption d'un régime consumériste de la nullité du contrat de consommation impose de préciser l'articulation de ce régime avec l'annulation du contrat fondée sur le droit commun. L'existence d'un régime spécial d'annulation du contrat ne doit pas avoir pour effet de diminuer la protection du consentement du consommateur, mais au contraire, elle doit ajouter à la protection du consommateur. Dès lors, le cumul des deux actions au bénéfice du consommateur s'impose. Dans l'hypothèse de la violation d'une disposition consumériste, le recours au droit commun doit rester possible même s'il apparaît inutile. En effet, l'annulation du contrat de consommation fondée sur l'inobservation du droit de la consommation a pour objet de facilité l'action en nullité du consommateur afin d'augmenter l'efficacité réparatrice de la nullité ainsi prononcée. En l'absence de violation d'une disposition consumériste, le respect du droit de la consommation ne signifie pas nécessairement que le professionnel n'a commis aucune faute au cours de la période précontractuelle, susceptible d'être sanctionnée sur le fondement des vices du consentement, et que le consentement du consommateur était parfaitement libre et éclairé. Le législateur n'a pas pu tout prévoir, et les dispositions du Code de la consommation ne peuvent pas tout prévenir. Dans cette hypothèse, l'application du droit commun retrouve tout son sens. Les dispositions du droit commun doivent être appliquées sans adapter leur régime à la spécificité du contrat. L'application du droit commun s'impose également en l'absence de toute faute du professionnel. Dans

ce cas, la nullité ne présente plus le caractère d'une sanction mais est une mesure essentiellement réparatrice prononcée au profit d'un des contractants. Il en est ainsi de la nullité prononcée sur le fondement de l'erreur. L'existence d'un régime consumériste de la nullité du contrat, qui sanctionne la violation des dispositions consuméristes, ne doit pas priver le consommateur de ces mesures dont bénéficie tout contractant. Seulement, dans la mise en œuvre de ces mesures, qui ne se fonde pas sur la faute du professionnel, il ne doit pas bénéficier d'un régime de faveur. Ainsi, le caractère inexcusable de sa faute doit pouvoir lui être opposé comme à tout autre contractant.

166. ***Conclusion du Titre 1.*** L'inefficacité de la théorie des vices du consentement à appréhender toutes les hypothèses dans lesquelles le comportement du professionnel a provoqué l'inutilité du contrat de consommation conduit la jurisprudence à reconnaître progressivement que la nullité du contrat de consommation peut être prononcée sur le seul fondement de la violation d'une disposition d'ordre public. Cette solution favorable aux consommateurs, victimes des comportements malhonnêtes des professionnels, produit des effets pervers en permettant à des consommateurs de mauvaise foi de se délier de contrats qu'ils auraient conclus même si les dispositions consuméristes avaient été respectées.

167. Le régime spécial de la nullité du contrat de consommation fondé sur la violation des dispositions consuméristes qui vient d'être proposé permet d'appréhender les hypothèses les plus sensibles dans lesquelles les consommateurs subissent de fortes pressions de la part des professionnels sans pour autant qu'un dol ou qu'une violence puisse être constatée, tout en assurant l'adéquation de cette sanction au préjudice subi par le consommateur. Mais l'exigence de l'inutilité du contrat peut sembler excessivement stricte parce qu'elle s'oppose, dans bien des hypothèses, à ce que la nullité du contrat soit prononcée. Pourtant, dans une perspective réparatrice, la solution est tout à fait justifiée. Si l'information précontractuelle qui n'a pas été transmise au consommateur, si le formalisme informatif qui n'a pas été respecté, ou si l'insertion d'une clause abusive dans les conditions du contrat a été sans influence sur le consentement du consommateur et n'a pas empêché la conclusion d'un contrat qui présente l'utilité recherchée, il n'y a alors aucune raison de l'anéantir.

168. En outre, la rigueur de cette solution n'est qu'apparente. L'absence de nullité du contrat de consommation ne signifie pas que la violation de la loi constatée ne sera pas

sanctionnée par d'autres moyens. Seulement, la sanction du professionnel ne doit pas se faire au profit du consommateur. Pour sanctionner le professionnel, des sanctions qui exercent à titre principale une fonction dissuasive doivent être spécialement prévues et s'appliquer quel que soit le préjudice réellement subi par le consommateur. Mais surtout, le préjudice engendré par la violation de la loi réside le plus souvent dans le déséquilibre du contrat de consommation. Ce déséquilibre n'est pas réparer efficacement par la nullité mais par la correction du contrat de consommation. La restriction des hypothèses dans lesquelles la nullité du contrat de consommation peut être prononcée se justifie alors par l'idée de favoriser le maintien du contrat dont l'équilibre aurait été restauré. Alors, en réponse à l'équilibre stricte de la nullité du contrat de consommation, la sanction dont la fonction est de réparer l'injustice du contrat de consommation doit être particulièrement ferme.

Titre 2

La réparation de l'injustice du contrat de consommation

169. Au sens de la justice commutative, un contrat est injuste lorsqu'il est fortement déséquilibré en faveur de l'une des parties. Dans la théorie classique du droit des contrats, fortement inspirée de la philosophie des lumières, l'existence de déséquilibres contractuels n'était que rarement prise en considération. L'individu, libre et responsable, est le mieux à même de protéger ses intérêts. L'antagonisme des intérêts respectifs des parties négociant le contrat doit aboutir nécessairement à un contrat équilibré. Le déséquilibre ne peut alors résulter que d'un vice dans le consentement de l'une des parties et la protection de la volonté doit suffire à aboutir à la conclusion de contrats justes. Tels sont les postulats de la théorie de l'autonomie de la volonté. Mais parce qu'elle suppose la pleine liberté et l'égalité des contractants, cette théorie s'avère utopique. Cependant, l'utopie n'est pas la seule explication à la faible prise en considération du déséquilibre contractuel. En pratique, la correction des déséquilibres se heurte à la force obligatoire des contrats et à l'intangibilité des contrats, principes essentiels pour garantir la sécurité juridique. Le contrat est un acte de prévision qui ne doit pas être remis en cause trop facilement. Pour autant, la multiplication des situations de dépendances d'un des contractants (travail, logement…) et l'émergence de la société de consommation qui a abouti à une standardisation des contrats, ont corrélativement entrainé la multiplication des contrats injustes, fortement déséquilibrés en faveur de l'une des parties. Dès lors, l'évolution du droit des contrats tend de plus en plus vers la correction des déséquilibres

par l'adaptation de mécanismes juridiques anciens ou par l'adoption de mécanismes nouveaux, et vers la reconnaissance d'un véritable principe d'équilibre contractuel[305].

170. La question du déséquilibre, et donc de l'équilibre d'un contrat se pose avec acuité pour les contrats de consommation. Certains professionnels sont parfois tentés de profiter de la position de force dans laquelle ils se trouvent pour proposer et imposer des contrats fortement déséquilibrés aux consommateurs. Mais, la question de l'équilibre du contrat recouvre en pratique deux réalités distinctes. Ainsi, dans sa thèse consacrée aux contrats déséquilibrés, Madame Lasbordes a mis en lumière deux catégories de contrats déséquilibrés : les contrats déséquilibrés en valeur et les contrats déséquilibrés en pouvoir[306]. L'équilibre en valeur du contrat dépend de l'équivalence des obligations essentielles des parties[307] tandis que l'équilibre en pouvoir du contrat dépend de l'équilibre des droits et obligations « accessoires »[308] des parties. Le problème du déséquilibre du contrat de consommation se pose en des termes différents suivant que l'attention se porte sur l'équivalence des obligations essentielles de parties ou sur l'équilibre des droits et obligations accessoires. Par conséquent, l'étude *des sanctions tendant à assurer l'équivalence des obligations essentielles des parties (Chapitre 1)* précédera celle des *sanctions tendant à assurer l'équilibre des droits et obligations accessoires des parties (Chapitre 2).*

[305] Sur ce sujet v. : L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*. Paris : LGDJ, 2002 ; V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés.* Aix-en-Provence : PUAM, 2000 ; S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*. Paris : LGDJ, 2000

[306] V. LASBORDES, *op. cit.*

[307] Sur la notion d'obligation essentielle, encore appelée obligation fondamentale ou obligation caractéristique v. Ph. JESTAZ, « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 273.

[308] L'expression de droits et obligations « accessoires » des parties a été choisie pour marquer l'opposition avec celle d'obligation essentielle. Elle ne signifie pas qu'en pratique les droits et obligations accessoires des contrats ont une importance fondamentale pour les parties et pour l'économie générale des contrats.

Chapitre 1

Les sanctions tendant à assurer l'équivalence des obligations essentielles des parties

171. Le contrat de consommation est généralement un contrat d'adhésion parce que le consommateur, pour des raisons qui ont déjà été évoquées, se trouve dans l'impossibilité de négocier le contrat. Cette présentation doit être affinée. En effet, Monsieur Henry a montré qu'il fallait distinguer le « cœur » du contrat qui est voulu par le consommateur, et le reste qui est imposé unilatéralement par le professionnel[309]. Cette analyse révèle que concernant l'équivalence des obligations essentielles des parties se pose en réalité en termes classiques. Quand, il contracte, le consommateur a, en théorie, une idée précise de l'engagement de chaque partie. C'est justement au regard de l'équivalence des obligations essentielles, après une étude du rapport « qualité-prix », qu'il choisit de contracter ou de ne pas contracter. Dans cette perspective, le déséquilibre du contrat de consommation apparaît alors comme la conséquence d'une altération dans la volonté du consommateur qui résulterait de la violation du droit de la consommation. Compte tenu de qui précède, il faut alors s'interroger sur *la place de la sanction de la lésion dans les contrats de consommation (Section 1)*. Parfois, la sanction du déséquilibre des obligations essentielles des parties est corrigé par la reconnaissance de la valeur contractuelle des documents publicitaires *(Section 2)*.

[309] X. HENRY, « Universalisme de la protection contre les clauses abusives et autonomie du droit de la consommation », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 205, n° 19.

Section 1. Le problème de la lésion dans les contrats de consommation

172. L'effet recherché par les sanctions du déséquilibre en valeur du contrat de consommation doit être de rétablir l'équivalence en valeur des obligations essentielles des parties. La sanction, pour être efficace, doit avoir pour effet de diminuer le prix payé par le consommateur. Le droit spécial applicable aux contrats de consommation tend plus à favoriser l'équilibre du contrat par des mesures préventives d'information des consommateurs, de fixation du contenu du contrat, voire d'encadrement des prix que par la correction des déséquilibres affectants l'équivalence des prestations principales des parties. En raison de l'absence dans la théorie classique du droit des contrats, d'un principe d'équilibre contractuel, les moyens pour corriger l'absence d'équivalence des obligations essentielles des parties au contrat sont rares. *L'absence d'une sanction générale de la lésion dans les contrats de consommation (§1)* s'oppose à *la souplesse de l'indemnisation, sanction indirecte du déséquilibre en valeur du contrat de consommation (§2).*

§1. L'absence d'une sanction générale de la lésion dans les contrats de consommation

173. Un mécanisme sanctionne directement le déséquilibre en valeur d'un contrat lorsqu'il se fonde sur le seul déséquilibre des obligations essentielles des parties, c'est-à-dire lorsqu'il sanctionne l'existence d'une lésion. La lésion peut se définir comme « un préjudice pécuniaire qui résulte d'un défaut d'équivalence entre les prestations contractuelles »[310] et qui est caractérisée lorsque « l'une des parties reçoit moins que ce qu'elle donne »[310]. L'étude de la lésion a un intérêt pratique et théorique important. En effet, les considérations qui président à la réaction juridique face aux contrats lésionnaires se trouvent aux croisements des grands principes directeurs du droit des contrats[311]. Par ailleurs, la prise en compte de la lésion apparait comme l'instrument privilégié de la lutte

[310] GHESTIN J., *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 760

[311] L'étude historique de la lésion montre bien que sa prise en considération dans les contrats dépend de la place respective accordé à l'équilibre des conventions, et donc à la justice commutative d'une part, et à la force obligatoire des contrats et à la sécurité juridique d'autre part. V. J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 762.

contre les déséquilibres contractuels. Pourtant, en droit positif français, il n'existe pas de principe général admettant la sanction de la lésion. L'étude des cas d'ouverture de la lésion montre *la place limitée de la sanction de la lésion dans les contrats de consommation (A). L'opportunité d'étendre la sanction de la lésion (B)* doit alors être discutée.

A. La place limitée de la lésion dans les contrats de consommation

174. Il ressort des termes de l'article 1118 du Code civil, « la lésion ne vicie les conventions que dans certains contrats ou à l'égard de certaines personnes », que la sanction de la lésion n'est pas générale. Elle n'est prévue que dans des hypothèses spéciales. Pour les contrats de consommation, l'admission de la sanction de la lésion peut s'opérer de deux manières, soit en considération de la qualification de contrat de consommation, soit en considération de la qualité de consommateur. L'étude des cas d'ouverture de la sanction de la lésion révèle *l'absence de sanction de la lésion au bénéfice des consommateurs (1)* ainsi que *l'absence de sanction généralisée de la lésion dans les contrats de consommation (2)*.

1. L'absence de sanction de la lésion aux bénéfices du consommateur

175. La sanction de la lésion est parfois admise au profit de certaines catégories de contractants. Ainsi, la lésion peut être prise en considération, sur le fondement de l'article 1305 du Code civil, dans les contrats conclus par les mineurs, et la lésion peut, dans certains cas, être pris en considération dans les contrats conclus par des incapables majeurs. Si certains rapprochements peuvent être opérés, la sanction de la lésion ne ressort pas de la même logique dans tous les cas.

176. Lorsque la lésion est admise dans un contrat conclu par un mineur, la prise en considération de la lésion apparaît plus comme un moyen de sauver un contrat dont une des conditions de validité fait défaut, la capacité juridique du mineur, que comme un moyen de sanctionner un contrat valablement conclut[312]. En effet, les mineurs non

[312] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n° 244 et n° 246 : « S'agissant du miner, c'est l'absence de lésion qui a un rôle salvateur, en évitant le prononcé d'une nullité qui, logiquement, devrait être encourue pour incapacité ».

émancipés n'ont pas la capacité juridique, et à ce titre, ils ne peuvent pas conclure de contrat. Si toutes les conséquences en étaient déduites, tous les contrats conclus par les mineurs pourraient être annulé. Or, seuls les contrats lésionnaires peuvent être annulés. L'absence de lésion est apparaît alors comme un obstacle à l'annulation d'un contrat dont l'une des conditions de validité du contrat fait défaut. Paradoxalement, la prise en considération de la lésion, ou plutôt de l'absence de lésion, est un moyen de renforcer la force obligatoire des conventions. L'admission de la lésion au profit du mineur est donc une sanction de l'incapacité qui se substitue à la sanction, plus grave, de l'anéantissement du contrat.

177. Concernant les incapables majeurs, la lésion est sanctionnée, aux termes de l'article 435 du Code civil, pour les actes qu'ils pouvaient accomplir seuls, en fonction du type de protection auquel ils sont soumis. Dans ce cas, contrairement à la lésion dans les contrats conclus par les mineurs, la lésion apparaît comme une véritable mesure de protection dérogatoire du droit commun. Cette fois, l'acte est valable en principe. C'est la lésion qui est la source de sa rescision. Le fondement du contrôle de la lésion trouve sa seule source dans la volonté de protection de l'incapable.

178. Si les consommateurs ont pu être comparés à des incapables mineurs qu'il fallait protéger[313], il n'est toutefois pas concevable de leur étendre ce système de protection. En effet, cela reviendrait à admettre soit que les personnes qui contractent en tant que consommateur n'ont pas de capacité juridique, et que la validité de leur contrat est subordonnée à la démonstration qu'il n'est pas lésionnaire, soit qu'elles méritent une protection parce qu'elles ne sont pas à même de sauvegarder leurs intérêts. Or, il a été montré que le déséquilibre des contrats de consommation découle moins de l'incapacité ou même de la simple incompétence des consommateurs que des comportements malhonnêtes ou déloyaux de certains professionnels qui tirent parti de l'impossibilité matérielle dans laquelle les consommateurs se trouvent pour imposer des contrats déséquilibrés[314].

[313] J. CARBONNIER, *Les obligations.* 20ème éd., Paris : PUF, 1996, n° 3 : « Le consommateur est un majeur que son contrat replace en état de minorité ».
[314] V. *supra* nos 6 et s.

2. Le contrôle ponctuel de la lésion dans les contrats de consommation

179. En dehors du Code de la consommation, de nombreuses dispositions admettent le contrôle de la lésion au regard du contrat conclu. L'étude de ces dispositions amène à conclure que le contrôle de la lésion dans les contrats de consommation est impossible sur le fondement de ces dispositions. En revanche, certaines dispositions du Code de la consommation permettent de contrôler l'équivalence des obligations essentielles des parties. Ainsi, l'étude de *la sanction de la lésion par des dispositions non consuméristes (a)* sera suivie de l'étude de *la sanction de la lésion par des dispositions consuméristes (b).*

a. La sanction de la lésion par des dispositions non consuméristes

180. De nombreuses dispositions dont la finalité n'est pas expressément consumériste s'appliquent aux contrats de consommation et offrent une protection utile aux consommateurs. Ce n'est pas le cas des dispositions sanctionnant spécialement la lésion dans certains contrats. Les hypothèses visées par les dispositions légales s'appliquent à des contrats qui sont rarement conclus par des consommateurs.

181. Ainsi, les deux hypothèses de lésion sanctionnée, dès l'origine, par les dispositions du Code civil, s'appliquent principalement à des situations dans lesquelles les parties sont des particuliers. D'abord, selon les dispositions de l'article 887 du Code civil, la lésion est sanctionnée en cas de partage, lorsqu'il est lésionnaire de plus du quart au détriment de l'une des parties. Cette hypothèse se situe clairement en dehors des contrats de consommation. Ensuite, la lésion est sanctionnée dans les ventes d'immeuble, selon les dispositions de l'article 1674 du Code civil, lorsque le vendeur a été lésé de plus des sept douzième. Les hypothèses visées par cet article concernent principalement des contrats conclus entre particuliers. Toutefois, dans certaines hypothèses, l'article 1674 du Code civil, peut être un soutien précieux aux consommateurs lorsqu'il se trouve non pas dans la position d'acheteur, mais dans la position de vendeur et qu'ils vendent un bien immobilier à un marchand de bien. La sanction de la lésion au détriment du vendeur est dans cette hypothèse particulièrement intéressante parce que les personnes qui vendent leur bien immobilier dans ces circonstances ont souvent besoin de liquidités et sont susceptibles de subir la pression des professionnels pour céder leur bien à un prix lésionnaire.

182. Depuis, le législateur a créé de nouvelles hypothèses dans lesquelles la lésion est sanctionnée. Ces hypothèses n'intéressent pas les contrats de consommation. Au contraire, la prise en considération de la lésion vise la plupart du temps à protéger une personne qui contracte pour les besoins de son activité professionnelle. Ainsi, la loi du 8 juillet 1907 admet la sanction de la lésion dans les ventes d'engrais, de semence et de plants destinés à l'agriculture, lorsqu'elle est supérieure au quart. L'article L. 411-13 du Code rural dispose que la lésion doit être sanctionné lorsque le fermage excède de plus d'un dixième la valeur du fond. La lésion est sanctionnée, sur le fondement de la loi du 7 juillet 1967, ou sur le fondement de l'article L. 142-1 du Code de l'aviation, dans les contrats d'assistance maritime et aérienne, lorsque les conditions convenues ne sont pas équitables. L'article 37 de la loi du 11 mars 1957 admet la sanction de la lésion lorsque l'auteur d'une œuvre littéraire et artistique l'a cédée pour un montant forfaitaire inférieur à cinq douzième du produit que l'œuvre a engendré. Enfin, l'article L. 212-5 du Code de la construction et de l'habitation admet la sanction de la lésion dans les contrats de société d'attribution lorsque les obligations souscrites par un associé excède de plus du quart la contribution qu'il aurait dû normalement supporter. Seule cette dernière hypothèse est susceptible de protéger les intérêts des consommateurs lorsque la création d'une société d'attribution permet d'échapper à l'application du droit de la consommation.

183. En l'absence de principe général permettant de contrôler la lésion dans les contrats, la jurisprudence a élaboré des solutions, à partir des dispositions existantes qui permettent de contrôler l'existence de la lésion. Ainsi, elle contrôle l'adéquation du service rendu par les mandataires et les professions libérales assimilées au service rendu, et le cas échéant, de sanctionner la lésion par la réduction des honoraires excessifs[315]. Cette solution relativement ancienne et a été admise dans de nombreux domaines : agents d'affaires, médecins, architectes… Son fondement est incertain compte tenu de l'interdiction de principe du contrôle de la lésion dans les contrats. Toutefois, elle se justifie par l'idée que la valeur de la prestation ne peut être déterminée qu'après l'exécution du contrat puisque, au moment de la conclusion du contrat, l'étendue de la prestation de service n'est pas connue. Cette solution a une portée considérable pour les

[315] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 771.

contrats de consommation. En effet, les cocontractants de ces professionnels sont généralement des consommateurs.

184. Par ailleurs, la lésion est sanctionnée de manière générale, par la jurisprudence, sur fondement de la cause. L'absence de contrepartie est sanctionnée par la nullité du contrat pour absence de cause. Cette solution s'applique à tous les contrats, et bien évidemment aux contrats de consommation. La portée de cette solution reste toutefois limitée parce qu'elle ne sanctionne le déséquilibre des obligations essentielles des parties qu'à la condition qu'il présente une gravité extrême. Il faut une absence totale de contrepartie, ou que la contrepartie soit dérisoire pour que le contrat soit annulé[316].

185. Récemment, cette solution avait été élargie, au moyen d'une subjectivation de la cause, pour permettre un contrôle plus poussé de l'équilibre des prestations, en se référant à l'économie du contrat tel qu'il a été voulu par les parties[317]. Toutefois, la Cour de cassation semble revenir à une position plus orthodoxe en définissant la cause dans les contrats commutatifs comme « la cause de l'obligation d'une partie à un contrat synallagmatique réside dans l'obligation contractée par l'autre ». Ainsi, dans une décision du 9 juin 2009, la Chambre commerciale casse, pour violation de l'article 1131 du Code civil, un arrêt de la Cour d'appel de Bordeaux rendu le 29 novembre 2009 qui avait annulé un contrat sur le fondement de l'absence de cause aux motifs que le contrat ne pouvait être exécuté selon l'économie voulue par les parties[318]. Dès lors, si la cause est un fondement général permet de contrôler l'équilibre du contrat, et par conséquent de sanctionner la lésion, son effet est très limité. Plus que l'équivalence des prestations, c'est le caractère commutatif du contrat qui est contrôlé.

b. La sanction de la lésion par les dispositions consuméristes

186. En l'absence de disposition générale sanctionnant la lésion dans les contrats, il n'est pas étonnant qu'aucune disposition législative ne permette d'appréhender la lésion dans une catégorie aussi hétéroclite que celle des contrats de consommation. Les

[316] J. GHESTIN, *op. cit*., n° 845.
[317] Civ. 1ère, 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.800 ; *Bull. civ. I*, n° 286 ; *D*., 1997, p. 500, note P. REIGNE; *Defrénois*, 1996, 1015, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G*, 1997, I, 4015, obs. F. LABARTHE ; *RTD civ*., 1996, p. 903, obs. J. MESTRE – Com., 27 mars 2007 ; pourvoi n° 06-10.452, Inédit.
[318] Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-11.420, Inédit.

solutions jurisprudentielles permettent, quant à elle, de sanctionner dans de nombreuses hypothèses le déséquilibre des prestations des parties, principalement dans les contrats de prestations de services. L'étude des dispositions spécifiquement consuméristes montrent que la lésion n'est que rarement sanctionnée par des dispositions consuméristes. Toutefois, la lésion est sanctionnée au moyen de *la sanction de l'usure (α)* et parfois, *le contrôle de la lésion s'opère également sur le fondement de la législation relative aux clauses abusives (β).*

α. La sanction de l'usure

187. Habituellement, lorsque le législateur adopte des dispositions consuméristes, il n'encadre pas tous les contrats de consommation, mais préfère instituer une protection pour un contrat en particulier comme le crédit ou les contrats de fourniture d'énergie, ou pour encadrer une pratique commerciale spécifique comme le démarchage à domicile ou les contrats conclus à distance. Il a légiféré de cette manière pour sanctionner la lésion dans les contrats de crédit au moyen de la prohibition de l'usure. Ainsi, l'article L. 313-3 du Code de la consommation définit le prêt usuraire par rapport au taux moyen pratiqué sur le marché. Selon ces dispositions, est usuraire « le taux effectif moyen pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues ». A travers la prohibition de l'usure, c'est la lésion qui est visée. En effet, la stipulation d'un taux usuraire crée un défaut dans l'équivalence des parties au contrat. L'obligation de l'emprunteur de payer des intérêts est trop élevée par rapport à celle du prêteur de délivrer la somme prêtée. La sanction civile du taux usuraire se distingue de la déchéance du droit aux intérêts et de la nullité de la stipulation conventionnelle d'intérêt.

188. Dans un arrêt récent, la Chambre commerciale de la Cour de cassation a rappelé le régime de cette sanction spécifique. Elle consiste dans « l'imputation des perceptions excessives sur les intérêts normaux alors échus et subsidiairement sur le capital de la créance, et si la créance est éteinte en capital et intérêts, dans leur restitution avec intérêt au taux légal du jour où elles auront été payées »[319]. La prohibition de l'usure est ancienne. Originairement, elle ne reposait pas sur des considérations consuméristes mais

[319] Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-14.359 ; *Bull. civ. IV*, n° 156.

sur des considérations morales. Ainsi, pendant longtemps, la sanction de l'usure n'était pas réservée aux seuls contrats conclus par des consommateurs ou des non professionnels. Pourtant, récemment, depuis la loi du 1er août 2003 pour l'initiative économique[320], elle a été limitée à certains contrats de crédit. Ne sont pas soumis à la prohibition de l'usure les contrats de crédit consentis aux professionnels, personnes physiques ou morales, dans l'objectif de facilité l'accès au crédit des entreprises[321]. Dès lors, la sanction de la lésion, dans le contrat de crédit uniquement, est possible essentiellement dans les contrats de consommation.

β. Le contrôle de la lésion sur le fondement de la législation relative aux clauses abusives

189. Il serait étonnant de trouver une disposition consumériste, applicable à tous les contrats de consommation, permettant de sanctionner la lésion. Pourtant, une disposition du Code de la consommation s'en rapproche. Ainsi, un mécanisme spécial du droit de la consommation semble, à première vue, pouvoir servir de fondement pour sanctionner la lésion dans les contrats de consommation : la législation relative aux clauses abusives. En effet, l'article L. 132-1 du Code de la consommation est applicable à tous les « contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs », autrement dit, ces dispositions sont susceptibles de s'appliquer à tous les contrats de consommation. Lorsqu'une clause crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties au contrat, elle doit être réputée non écrite[322].

190. La prise en considération du déséquilibre significatif tend à se confondre avec la lésion. Mais l'objet du déséquilibre appréhendé par la lésion et celui appréhendé par la législation relative aux clauses abusives diffèrent profondément. Monsieur Ghestin remarque d'ailleurs que le défaut d'équivalence qui caractérise la lésion « doit porter sur l'objet principal du contrat et non sur les clauses accessoires susceptibles de rompre en faveur de l'une des parties l'équilibre global de la convention »[323]. Il ajoute que « la lésion suppose […] une comparaison entre le prix et la valeur de la contrepartie »[323]. Or, le déséquilibre significatif sanctionné par la législation relative aux clauses abusives n'est

[320] D. LEGEAIS, « Limitation de la prohibition de l'usure », *RTD com.*, 2003, p. 786.
[321] J. LASSERRE-CAPDEVILLE, « Le prêt usuraire », *Rev. Lamy dr. aff.*, 2008, n° 31, p. 98, n° 13.
[322] Sur la sanction des clauses abusives v. nos 226 et s.
[323] J. GHESTIN, *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 760.

pas celui des obligations essentielles des contrats. En effet, l'article L. 132-1, alinéa 6, du Code de la consommation, dispose que « l'appréciation du caractère abusif des clauses au sens du premier alinéa ne porte ni sur la définition de l'objet principal du contrat ni sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert ». Il en résulte clairement que cette législation ne peut pas servir de fondement à un contrôle de la lésion. En ce sens, Madame Rzepecki remarque que « les deux notions recouvrent en réalité des concepts différents. Alors que la lésion sanctionne un déséquilibre avant tout économique, le déséquilibre de l'article L. 132-1 du Code de la consommation est essentiellement juridique. En outre, la lésion vise le défaut d'équivalence entre les prestations des principales des parties, alors que la législation en matière de clauses abusives s'attache pour sa part aux clauses accessoires, celles par le biais desquelles les professionnels organisent les rapports de consommation. »[324]. Dans les contrats conclus entre professionnel, l'adoption de l'article L. 42-6, I, 2° du Code de commerce n'a pas donner naissance aux mêmes distinctions[325]. Aucune restriction n'est précisée concernant la nature du contrôle qui peut être effectuée. Il semble alors que l'article puisse fonder un contrôle de la lésion dans les contrats conclus entre professionnels.

191. Exceptionnellement, le contrôle de la lésion dans les contrats de consommation, sur le fondement de ces dispositions, est possible lorsqu'une clause portant sur l'objet principal du contrat n'est pas rédigée de manière claire et compréhensible[326]. La sanction est donc subordonnée à une mauvaise rédaction des stipulations définissant les obligations essentielles des parties. En pratique, la mise en œuvre de cette disposition dépend étroitement de la conception retenue de l'objet principal du contrat. Cette tâche n'est pas aussi aisée qu'il n'y paraît. La notion d'obligation principale fait écho à celles d'obligation essentielle, d'obligation fondamentale ou d'obligation caractéristique dont la définition et les contours sont incertains. La notion d'obligation principale est plutôt intuitive. Elle devrait correspondre aux obligations caractéristiques du contrat en vue

[324] N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix en Provence : PUAM, 2002, n° 180.
[325] M. CHAGNY, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, 2008, I, 196 ; M. MALAURIE-VIGNAL, « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », *CCC*, 2008, dossier n°5.
[326] Il faut remarquer que seule la rédaction défectueuse est sanctionnée sur le fondement de la législation des clauses abusives. Lorsque la clause est substantiellement claire et compréhensible mais incompréhensible de par sa présentation, elle n'entre pas dans le champ d'application de cet alinéa.

desquelles les parties se sont engagées, c'est-à-dire les obligations qui doivent être exécutées quel que soit les évènements qui se produisent au moment de l'exécution du contrat. Par exemple, dans un contrat de vente, l'obligation de délivrance est l'obligation principale du vendeur. L'obligation de garantie n'est qu'une obligation accessoire parce qu'elle n'est pas nécessairement exécutée. Elle n'est mise en œuvre que si l'obligation de délivrance a été mal exécutée. Même lorsque l'obligation principale du contrat est clairement identifiée, il est parfois difficile de départager les clauses qui se rapportent à la définition d'une obligation principale du contrat de celles qui sont simplement accessoires. Les listes « noires » et « grises » des clauses abusives dans les contrats laissent penser que la compréhension de la notion de clause qui se rapporte à l'obligation principale du contrat doit être comprise strictement.

192. Ensuite, deux situations doivent être distinguées. D'abord, lorsque la clause relative à l'obligation principale du contrat est rédigée de manière complètement incompréhensible, elle est nécessairement abusive parce qu'aucun sens ne peut lui être attribuée. Ensuite, lorsque la clause est simplement équivoque et introduit un doute sur la portée réelle des engagements des parties, le caractère abusif de la clause n'est pas automatique. Il faut rapprocher envisager la réponse des dispositions consuméristes en mettant la législation relative aux clauses abusives en perspective avec les dispositions de l'article L. 133-2 du Code de la consommation qui imposent aux professionnels de présenter et rédiger les clauses des contrats qu'ils proposent aux consommateurs de « façon claire et compréhensible ». La sanction prévue par la loi en cas de violation de cette obligation, c'est-à-dire lorsque les professionnels présentent les clauses des contrats de consommation de façon obscures ou non-compréhensibles, est l'interprétation de la clause en faveur du consommateur. L'articulation de cette sanction avec la sanction des clauses abusives doit être précisée. Logiquement, la clause doit être interprétée avant de pouvoir apprécier son caractère abusif.

193. La méthode retenue pour interprétée la clause est différente en fonction des parties au litige. Si l'action est une action en suppression de clause abusive ou illicite engagée par une association agréée sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, alors l'article L. 133-2, alinéa 2, du même code qui impose une interprétation en faveur du consommateur, n'est pas applicable. La clause équivoque est interprétée en application des règles d'interprétation du droit commun, voire sera

interprétée dans son sens le plus défavorable au consommateur. Le caractère abusif ou non de la clause sera donc établi à partir de cette interprétation. Si le litige est un litige individuel de consommation et oppose un consommateur et un professionnel, les articles L. 133-2, alinéa 2, et L. 132-1 du Code de la consommation peuvent tous deux être invoqués. Si la solution retenue par les juridictions n'est pas toujours identique, le caractère abusif de la clause devrait s'apprécier au regard de l'interprétation la plus favorable au consommateur[327]. Cette distinction est donc particulièrement importante parce qu'en raison de la nature du litige, une même clause, insérée dans un même contrat, peut être déclarée abusive ou non, en fonction des parties aux litiges. Il en résulte que, lorsque la lésion est contrôlée sur le fondement de la législation des clauses abusives, la réaction sera différente en fonction des parties au litige. Dans le cadre d'une action en suppression de clauses abusives ou illicites intentée par une association de protection des intérêts des consommateurs, l'interprétation de la clause au moyen des méthodes préconisées par les articles 1156 et suivants du Code civil, aboutira la plupart du temps à la reconnaissance du caractère abusif de la clause. Dans le cadre d'un litige individuelle de consommation, le contrat sera interprété en faveur de consommateur. Ainsi, les juridictions précisent parfois que la clause n'est pas abusive dans une de ses interprétations. Mais cette solution n'est pas uniforme.

194. Compte tenu de ce qui précède, les hypothèses dans lesquelles la lésion peut être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation sont rares, principalement lorsque le litige est un litige individuel de consommation. Si elle est déclarée abusive la sanction consistera à la réputer non écrite. Les magistrats n'ont pas le pouvoir de rééquilibrer la clause. Dès lors, si une clause relative à la détermination du prix est susceptible d'interprétation, et qu'elle est déclarée abusive parce qu'elle crée un déséquilibre significatif, elle doit être supprimée du contrat. La plupart du temps, la mise en œuvre de la législation relative aux clauses abusives aboutira à l'anéantissement de l'entier contrat parce qu'il ne peut se maintenir en l'absence de clauses qui définissent les obligations essentielles des parties. En effet, les juges n'ont pas le pouvoir de réécrire les clauses abusives[328]. Ils ne peuvent donc pas réduire la clause relative au prix payé pour rééquilibrer le contrat. Pour les prestations de services, le maintien du contrat peut être

[327] M. LAMOUREUX, « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, 2006, p. 2848.
[328] V. *infra* n° 305.

envisagé parce que la détermination du prix n'est pas, en droit commun, une condition de validité. Le contrôle judiciaire peut parfois s'opérer *a posteriori*. Cette solution aboutirait à admettre la révision du prix payé par le consommateur par le juge sur le fondement.

B. La question de l'opportunité de l'admission d'un contrôle de la lésion dans les contrats de consommation

195. La généralisation de la sanction de la lésion dans les contrats de consommation peut se réaliser soit en considération de la qualification du contrat de consommation, soit en considération de la qualité de consommateur de l'une des parties. Le résultat, en ce qui concerne le champ d'application de cette sanction serait sensiblement le même puisque la définition du contrat de consommation dépend étroitement de la qualité de consommateur de l'une des parties[329]. Mais, pour les raisons qui ont déjà été évoquées, l'admission de la lésion dans les contrats de consommation est préférable à la lésion admise au profit des consommateurs.

196. Théoriquement et en pratique, deux conceptions de la lésion s'opposent : une conception subjective et une conception objective. Selon la conception subjective, la lésion doit être sanctionnée parce qu'elle résulte nécessairement d'un vice dans le consentement de l'une des parties. La valeur examinée est la « valeur du consentement »[330]. Selon la conception objective, la lésion résulte de la seule constatation du défaut d'équivalence des prestations des parties. La valeur examinée est la « valeur de l'objet de l'obligation »[330]. la lésion résulte de la simple constatation du déséquilibre. Si la conception objective de la lésion prédomine en droit positif, la lésion n'a pas un fondement unique[331]. La généralisation de la sanction de la lésion impose de choisir entre une appréhension subjective ou objective du déséquilibre des prestations des parties. Il semble que la généralisation de la lésion à tous les contrats, ou à une catégorie aussi large que celle des contrats de consommation doive être rejetée. En effet*, l'admission générale*

[329] V. *supra* n° 24.
[330] D. MAZEAUD, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, n°4.
[331] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 787 et s. ; D. MAZEAUD, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, n° 8 : « Manifestement, l'intérêt de la lésion réside dans sa fluidité conceptuelle. Il s'agit d'une notion à contenu variable qui se singularise par la diversité de fondements et de régimes, et qui, par conséquent, suscite nécessairement la discussion et la réflexion quant au rôle qu'il convient de lui faire jouer en matière contractuelle. Au fond, vouloir enfermer la lésion dans une vision unique conduirait fatalement à brosser un tableau réducteur et irréel de l'institution. »

de la sanction de la lésion objective est dangereuse (1), notamment pour la sécurité juridique, tandis que *l'admission générale de la sanction de la lésion subjective est inutile dans les contrats de consommation (2).*

1. Les dangers de l'admission générale de sanction de la lésion objective

197. La lésion est qualifiée d'objective lorsqu'elle est sanctionnée à la seule condition que le déséquilibre soit constaté. S'il n'existe pas de régime uniforme de la sanction de la lésion, les hypothèses dans lesquelles elle est admise par la loi ou la jurisprudence retienne sanctionne majoritairement des cas de lésion objective. Dans ce cas, le juge ne peut se référer qu'à des critères objectifs pour déterminer l'existence de la lésion, et particulièrement le taux à partir duquel le contrat est lésionnaire lorsqu'il est précisé par la loi. Mais l'équilibre du contrat tel qu'il a été voulu par les parties n'est pas pris en considération. L'admission de la lésion dans les contrats de consommation consisterait à sanctionner dans tous les contrats dont le déséquilibre dépasse un certain seuil. Mais plusieurs objections tendent à rejeter cette solution.

198. La généralisation de la lésion, caractérisée objectivement, aurait pour conséquence de substituer à la diversité de régimes et de sanctions applicables jusqu'alors un régime unique et une sanction unifiée. Ce qui semble être un avantage au regard de la simplification du droit, devient un inconvénient lorsque l'uniformisation des réponses apportées empêche leur adaptation à des situations diverses. En effet, l'admission d'un principe général de sanction de la lésion gomme les nuances et les spécificités propres à chaque hypothèse[332]. Le régime devrait alors être suffisamment souple pour appréhender les différentes hypothèses du défaut d'équivalence des prestations. Ainsi, il est impossible de fixer un seuil général à partir duquel la lésion doit être sanctionnée. Cette difficulté ne doit pas être sous-évaluée compte tenu de la diversité des types de contrats de consommation. Les problèmes soulevés par la lésion dans un contrat de crédit ne sont pas les mêmes que ceux soulevés par la lésion dans les ventes de biens courants de consommation. A cet égard, il est préférable de maintenir une approche différentiée de la lésion et de l'admettre que dans les contrats dont la spécificité l'exige.

[332] MAZEAUD D, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, 2007 n° 8

199. Par ailleurs, la caractérisation de la lésion objective est confrontée à la difficulté de définir le défaut d'équivalence des obligations essentielles des parties. Caractérisé objectivement, il implique de déterminer la valeur du bien, objet du contrat. Or, la valeur est une notion complexe, insaisissable[333]. La difficulté de définir la valeur du bien entraîne une incertitude sur l'application ou non de la lésion objective. Cette incertitude porte atteinte à la sécurité juridique. En outre, la généralisation de la lésion, caractérisée objectivement porterait atteinte trop gravement à l'intangibilité des contrats. Cette critique est d'autant plus fondée que le fondement de la lésion est objectif. Il repose sur le seul déséquilibre quel que soit son origine, la faute de la partie qui en profite ou un concours de circonstance.

200. La prise en en considération de la lésion ne se justifie pas dans les contrats de consommation. Généralement, les déséquilibres imposés par les professionnels dans les contrats de consommation ne prend pas la forme de la lésion, du moins lorsque une concurrence existe entre les professionnels. Ils n'ont pas d'intérêts à proposer des contrats fortement déséquilibré en leur faveur de peur de voir leur clientèle se tournée vers d'autres professionnels qui pratiques des prix raisonnables[334].

2. L'inutilité de l'admission générale de la sanction de la lésion subjective

201. Le concept de lésion subjective est susceptible de deux sens. Dans un premier sens, et c'est en ce sens que l'expression est le plus couramment employée, la lésion est subjective parce que le défaut d'équivalence est appréciée non pas en référence à la valeur objective du bien mais au regard de la valeur que représente le bien pour les parties au contrat. Dans un deuxième sens, la lésion est subjective parce que le défaut d'équivalence, caractérisé objectivement ou subjectivement, n'est pas sanctionné en tant que tel. Il faut en outre, démontrer qu'il est la conséquence d'une faute d'une des parties. En toute rigueur, l'expression lésion subjective ne recouvre pas cette hypothèse. En effet, l'expression est elliptique. Ce n'est pas la lésion, entendue comme le défaut d'équivalence des prestations, mais sa sanction qui est subjective. Comme la

[333] Ph. JOUARY, *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*. Thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2002, *passim*.
[334] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 137.

responsabilité, la sanction de la lésion peut être subjective et reposer sur la faute de l'une des parties, ou objective et reposer sur un autre fondement.

202. A l'heure actuelle, plusieurs auteurs s'interrogent sur l'opportunité d'admettre, parfois sans le nommer comme tel, un principe général de sanction de la lésion[335]. La prise en en considération de la lésion ne se justifie pas dans les contrats de consommation. Généralement, les déséquilibres imposés par les professionnels dans les contrats de consommation ne prend pas la forme de la lésion, du moins lorsque une concurrence existe entre les professionnels. Ils n'ont pas d'intérêts à proposer des contrats fortement déséquilibré en leur faveur de peur de voir leur clientèle se tournée vers d'autres professionnels qui pratiques des prix raisonnables[336]. La protection des consommateurs contre les contrats de consommation lésionnaires s'opère plutôt par les règles du droit de la concurrence. Mais surtout, la sanction de la lésion conditionnée à la démonstration d'une faute du professionnel est inutile en droit de la consommation. En effet, lorsque la lésion résulte de la violation du droit de la consommation, la responsabilité est une sanction suffisamment souple pour sanctionner indirectement le déséquilibre du contrat.

§2. La souplesse de l'indemnisation, sanction indirecte du déséquilibre en valeur du contrat de consommation

203. La violation du droit de la consommation s'analyse toujours comme une faute délictuelle qui peut être sanctionnée sur le fondement de la responsabilité contractuelle. Ainsi, la jurisprudence a admis progressivement que le manquement à une obligation précontractuelle d'information pouvait être sanctionné sur le fondement de l'article 1382 du Code civil, indépendamment de la démonstration d'un dol et plus particulièrement d'une réticence dolosive. De même, en matière de clauses abusives, la jurisprudence admet que l'insertion d'une clause abusive dans le contrat est une faute délictuelle qui peut être sanctionnée par l'allocation de dommages et intérêts.

204. L'intérêt que peut présenter la responsabilité civile pour sanctionner les contrats lésionnaires a été mis en avant par Monsieur Mazeaud : « Quant à la sanction fulminée

[335] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 794.
[336] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 137.

contre le contractant qui a exploité la situation de dépendance économique dans laquelle se trouvait son partenaire pour lui imposer un contrat excessivement déséquilibré, il s'agit de la responsabilité civile. Responsabilité qui se soldera par l'obtention de dommages et intérêts au profit de la victime de ce déséquilibre contractuel excessif et consistera donc en une révision indirecte du contrat lésionnaire, par le jeu de la compensation du préjudice économique subi par le contractant dépendant. »[337] En effet, les effets de l'indemnisation, fondée sur la responsabilité civile, sont efficaces à réparer un contrat lésionnaire du point de vue de ses effets, l'allocation de dommages et intérêts est efficace du point de vue de ses conditions si elle permet d'appréhender toutes les hypothèses dans lesquelles la faute du professionnel sanctionne un préjudice. Mais lorsque le déséquilibre se manifeste par le faible engagement du professionnel, l'allocation d'une indemnisation ne suffit pas toujours à sanctionner le déséquilibre des obligations essentielles des parties.

Section 2. L'intégration des documents publicitaires dans le champ contractuel

205. La publicité est le vecteur principal par lequel les professionnels communiquent avec les consommateurs. Si une certaine exagération est tolérée, la tromperie est sanctionnée. En principe la sanction de la publicité trompeuse, qui a altéré le consentement du consommateur devrait être recherché dans les sanctions de l'altération du consentement et plus particulièrement dans la théorie des vices du consentement. Toutefois, une sanction originale de la tromperie dans la publicité est parfois prononcée par la jurisprudence. Elle consiste à conférer une valeur contractuelle aux documents publicitaires, à condition qu'ils soient suffisamment clairs et précis et à sanctionner le manquement des professionnels aux obligations contenues dans le document publicitaire par les sanctions de l'inexécution du contrat. Il y a donc eu un glissement de la sanction de la formation du contrat à l'exécution du contrat. Cette solution avait était proposée par

[337] D. MAZEAUD, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, 2007, n° 29.

Madame Fabre-Magnan dans sa thèse consacrée à l'obligation d'information dans les contrats[338].

206. La solution n'est pas propre aux contrats de consommation[339]. Récemment, la Cour de cassation a rappelé que les documents publicitaires pouvaient avoir une valeur contractuelle par l'arrêt rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 6 mai 2010. Elle a décidé que « les documents publicitaires peuvent avoir une valeur contractuelle dès lors que, suffisamment précis et détaillés, ils ont eu une influence sur le consentement du cocontractant »[340]. Deux conditions se dégagent de la solution de la Cour de cassation pour la prise en considération des documents publicitaires dans la sphère contractuelle. D'une part, les documents publicitaires doivent être précis et détaillés. D'autre part, ils doivent en outre avoir été déterminants dans la conclusion du contrat. Il s'agit bien de la tromperie qui est sanctionnée par ce biais. Finalement, le dol ne sera pas sanctionné par la nullité du contrat mais par les sanctions de l'inexécution : exécution forcée lorsqu'elle est possible, résiliation du contrat, responsabilité contractuelle. Cette solution est à mettre en parallèle avec la sanction des loteries publicitaires. Si actuellement la sanction des loteries publicitaires trompeuses consiste à les qualifier de quasi contrat, la jurisprudence a parfois retenu que les loteries publicitaires avaient une valeur contractuelle pour condamner leurs organisateurs à délivrer le lot promis.

207. Enfin, le professionnel ne peut pas échapper à cette sanction par une clause qui stipule que les documents en cause n'ont pas de valeur contractuelle. Cette clause est abusive. Lorsque a tromperie est flagrante, le professionnel ne doit pas avoir la maîtrise de la sanction civile qu'a provoqué son comportement. Plus généralement, la législation relative aux clauses abusives tend à l'éradication des clauses qui confère au professionnel un pouvoir unilatéral dans la détermination du contenu du contrat.

---

[338] M. FABRE-MAGNAN, *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*. Paris : LGDJ, 1992. Sur cette question v. également F. Labarthe, *La notion de document contractuel.* Paris : LGDJ, 1994, n^{os} 114 et s.
[339] J. GHESTIN, *op. cit.*, n° 412.
[340] Civ. 1ère, 6 mai 2010, pourvoi n° 08-14.461, Inédit.

Chapitre 2

Les sanctions tendant à assurer l'équilibre des droits et obligations « accessoires » des parties[341]

208. Le déséquilibre des contrats de consommation a pour principale cause l'absence de négociation des conditions accessoires du contrat. Celles-ci sont généralement rédigées, ou du moins choisies, par le professionnel qui soumet l'ensemble des contrats qu'il conclut avec les consommateurs à « ses » conditions générales. Parfois, il profite de cette situation pour proposer des stipulations accessoires du contrat au consommateur qui, sur un certain nombre de points, sont à son avantage, par exemple en lui conférant des pouvoirs discrétionnaires dans la détermination de ses obligations contractuelles, en diminuant la vigueur des sanctions en cas d'inexécution de ses obligations contractuelles, ou encore en stipulant des conditions de règlement des litiges qui le favoriseraient. Les consommateurs ne disposent pas du pouvoir de négocier le contenu des conditions générales des professionnels. D'abord, la rapidité nécessaire dans les opérations de consommation s'oppose à une telle négociation. Ensuite, ils n'ont pas toujours les connaissances techniques et juridiques suffisantes pour anticiper le déséquilibre de clauses qui se révèleront désavantageuses au moment de l'exécution du contrat et pour proposer d'autres conditions contractuelles. Enfin, même lorsqu'un consommateur fait

[341] Les recherches jurisprudentielles et les réflexions qui ont alimenté la construction et la rédaction de ce chapitre ont été facilitées et enrichies par les travaux de recherche menés par mon directeur de thèse, Monsieur le Professeur Xavier Henry. Ici encore, je le remercie pour avoir mis à ma disposition les versions, toujours plus à jour, du résumé de jurisprudence reprenant la quasi-intégralité des décisions de la Cour de cassation et des cours d'appel relatives à la question des clauses abusives. La mise en ligne d'un site internet consacré à la question des clauses abusives, et la publication du résumé de jurisprudence consacré aux clauses abusives sont imminentes. Les références « Cerclab n° XX » y font déjà référence.

preuve de volontarisme et désire négocier les conditions contractuelles, il contracte en général avec un préposé qui n'a pas le pouvoir de modifier les clauses du contrat. Finalement, les consommateurs sont confrontés à une alternative, contracter en acceptant les conditions générales proposées par le professionnel, ou ne pas contracter.

209. Les déséquilibres sont donc structurels et dérivent principalement de la nature de certains contrats, qualifiés par la doctrine de contrats d'adhésion. La notion de contrat d'adhésion a été proposée par Saleilles au début du XX^{ème} siècle[342]. Elle décrit une « réalité sociale incontestable »[343]. Les contrats d'adhésion sont des contrats dont les conditions sont imposées par l'une des parties, en position de force, sans que l'autre partie ait la possibilité de les négocier. Cette dernière se trouve face à une alternative : conclure le contrat dans les conditions proposées ou refuser le contrat. Pour les raisons exposées plus haut, « les contrats de consommation sont presque tous des contrats d'adhésion »[344]. Un courant doctrinal a nié le caractère contractuel des contrats d'adhésion en raison de l'impossibilité de négocier les termes du contrat et il a rapproché cette catégorie des actes règlementaires[345]. Cette conception règlementaire du contrat d'adhésion n'a pas convaincu la doctrine majoritaire[346]. Elle n'a pas non plus été reçue par le législateur ou en jurisprudence[347]. Ainsi, l'application des dispositions consuméristes, dont la nécessité s'impose notamment en raison de l'impossibilité de négocier pour le consommateur, n'est jamais subordonnée à la constatation que le contrat de consommation est un contrat d'adhésion. Par exemple, en matière de clause abusive, la législation française,

[342] R. SALEILLES, *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144).* Paris : F. Pichon, 1901.
[343] F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *Droit civil : les obligations.* 10ème éd., Paris : Dalloz, 2009, n° 73.
[344] J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 145.
[345] Admettre la spécificité des contrats d'adhésion aurait pour conséquence nécessaire la modification des solutions applicables aux difficultés qu'ils génèrent. Par exemple, l'interprétation des contrats d'adhésion ne pourrait se faire en référence à la commune intention des parties mais devrait être recherché dans la volonté unique de son auteur. Le corollaire du caractère règlementaire des contrats d'adhésion serait d'admettre le contrôle du juge sur les conditions imposées par l'une des parties à l'instar du contrôle de légalité que le juge administratif exerce sur les actes règlementaire.
[346] V. les références citées par G. BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion.* Paris : LGDJ, 1973, n° 73.
[347] J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 174. F. TERRE, Y. LEQUETTE et PH. SIMLER, *op. cit.*, n° 200.
Par ailleurs, l'expression « contrat d'adhésion » est employée par la Cour de cassation (le moteur de recherche de legifrance.gouv.fr permet de recenser 231 décisions de la Cour de cassation au 29 juin 2012). Toutefois, l'expression ne désigne pas une catégorie juridique à laquelle des effets de droit sont attachés. Elle est employée pour décrire une réalité factuelle et elle figure quasiment exclusivement dans le rappel des faits, dans les moyens des parties ou dans la reprise des motifs de la Cour d'appel.

contrairement aux dispositions communautaires, ne restreint pas le contrôle des conditions accessoires du contrat aux seules clauses imposées par le professionnel[348].

210. Par conséquent, en droit positif, l'analyse contractualiste des contrats d'adhésion prévaut et la nature contractuelle des conditions générales des contrats, imposées par l'une des parties, ne fait aucun doute[349]. Alors, *l'adhésion du consommateur aux conditions générales des contrats de consommation (Section 1)* doit être constatée pour qu'elles fassent partie intégrante du contrat et qu'elles puissent, à ce titre, être invoquées par le professionnel. Cependant, la connaissance des conditions générales et l'adhésion sans négociation possible n'est pas un gage d'équilibre des conditions générales. En outre, les déséquilibres des conditions accessoires des contrats de consommation, s'ils résultent principalement de l'utilisation de conditions générales, ne sont toutefois pas réservés à cette hypothèse. Même lorsque les clauses ne sont pas prérédigées par le professionnel ou par un tiers pour le compte du professionnel, le consommateur est souvent démuni pour négocier les clauses accessoires du contrat de consommation. Si l'absence de négociation n'a pas conduit à l'élaboration d'un régime spécifique du contrat d'adhésion, de nombreuses dispositions, issues du droit commun[350] ou spécialement consuméristes, permettent de réagir aux abus que peuvent provoquer les contrats non négociés. Elles tendent à limiter les déséquilibres qui résultent de la mainmise du

[348] V. *infra* n° 235.

[349] Une autre approche du contrat de consommation a été proposée. V. X. HENRY, « Universalisme de la protection contre les clauses abusives et autonomie du droit de la consommation », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 205, spéc. n^{os} 15 à 22.

[350] Les solutions fondées sur le droit commun permettant de lutter contre les déséquilibres résultant de la domination de l'une des parties dans la fixation du contenu du contrat résultent principalement d'une adaptation par la jurisprudence de dispositions anciennes aux problématiques actuelles. L'exemple le plus significatif est sans aucun doute l'éradication des clauses élusives ou limitatives de responsabilité qui contredisent la portée de l'obligation essentielle de l'une des parties sur le fondement de la cause. (Pour une présentation l'évolution de la jurisprudence relative à cette question v. D. MAZEAUD, « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.*, 2008, p. 1776 et « Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga ? », *D.*, 2010, p. 1832.).
Ces mécanismes de droit commun, largement analysés par ailleurs, qui permettent aux magistrats de contrôler et de rétablir l'équilibre des contrats ne seront pas étudiés ici. En effet, l'existence de nombreuses dispositions consuméristes a pour objet de favoriser l'équilibre des contrats de consommation. Les sanctions de ces dispositions – qu'elles soient issues du droit commun ou spéciales – sont autant de moyen de lutter contre les déséquilibres qui rendent le plus souvent inutile le recours aux solutions dégagées par la jurisprudence fondé sur le droit commun. Sur le contrôle de l'équilibre des contrats fondé sur des dispositions de droit commun v. notamment : L. FIN-LANGER, *L'équilibre contractuel*. Paris : LGDJ, 2002, *passim*. V. LASBORDES, *Les contrats déséquilibrés*. Aix-en-Provence : PUAM, 2000, *passim*. S. LE GAC-PUECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*. Paris : LGDJ, 2000, *passim*.

professionnel sur les conditions accessoires du contrat. L'orientation des dispositions consuméristes est de préciser les conditions de la licéité des conditions accessoires des contrats de consommation, aussi bien dans leur présentation formelle au consommateur que dans leur contenu. *Les sanctions des illicéités affectant les conditions accessoires des contrats de consommation (Section 2)* apparaissent alors comme un moyen d'assurer leur équilibre. La présentation du système existant est nécessaire avant *d'apprécier l'efficacité réparatrice des sanctions des illicéités des conditions accessoires des contrats de consommation (Section 3)* en vérifiant si leur mise en œuvre permet d'atteindre cet objectif.

Section 1. L'adhésion du consommateur aux conditions générales du contrat de consommation

211. La thèse contractualiste domine le traitement des contrats d'adhésion, et donc des conditions générales des contrats imposées par les professionnels aux consommateurs lorsqu'ils concluent des contrats de consommation. Il en résulte que les conditions générales proposées par le professionnel ne sont un élément du contrat, et à ce titre, ne peuvent être opposées[351] aux consommateurs, que si les volontés des parties se sont rencontrées sur ce point. Mais en pratique, la déformation du schéma classique de la rencontre des volontés impose une adaptation des solutions retenues. Les exigences relatives à la qualité du consentement de la partie à qui les conditions générales du contrat sont imposées sont amoindries. Classiquement, le consentement supposait une connaissance et une compréhension effective des termes du contrat, ainsi qu'un accord sur ces stipulations. Désormais, une adhésion en bloc des conditions générales par les parties suffit à leur conférer une valeur contractuelle[352]. La solution, qui n'est pas

[351] L'expression est employée par la jurisprudence et en doctrine. La notion d'opposabilité ne correspond pas ici à celle de l'opposabilité du contrat aux tiers. L'expression n'est pas, dans cette circonstance, un terme technique. Il s'agit de l'opposabilité de certaines stipulations à l'autre partie en fonction de leur valeur contractuelle ou non. Si elles ont une valeur contractuelle elles sont « opposables » à l'autre partie. Si leur valeur contractuelle leur est déniée, elles sont « inopposables » à l'autre partie.

[352] Cette présentation classique est un peu caricaturale. En ce sens : J. FLOUR, J.-L. AUBERT et E. SAVAUX, *op. cit.*, n° 174. Le seul accord sur les éléments essentiels du contrat a toujours été regardé comme suffisant à former le contrat. En l'absence d'accord sur les éléments accessoires, les dispositions supplétives trouvent à s'appliquer.

spécifique aux contrats de consommation, est désormais bien établie. L'adhésion aux conditions générales imposées par une des parties au contrat suppose que l'autre partie connaisse leur valeur contractuelle et ait la possibilité d'en prendre connaissance, au plus tard au moment de la formation du contrat[353]. La connaissance effective par une lecture des termes des conditions générales imposées par l'une des parties, et *a fortiori* la volonté réelle de les accepter, n'est pas exigée pour qu'elles fassent partie intégrante du contrat.

212. La volonté déclarée d'y adhérer qui permet d'intégrer les stipulations dans le contenu du contrat doit être prouvée par la partie qui s'en prévaut. La preuve de l'adhésion des consommateurs aux conditions générales prérédigées par un professionnel ne soulève pas de difficulté lorsqu'un exemplaire des conditions générales a été signé par le consommateur, soit que les conditions générales étaient reproduites dans le même document que les conditions particulières du contrat de consommation, soit que les conditions générales ont été spécialement signées par le consommateur. Dans cette hypothèse, la jurisprudence reconnait toujours que les conditions générales des contrats ont une valeur contractuelle et sont opposables à la partie qui les a signées.

213. La preuve de la connaissance de l'existence des conditions générales par le consommateur, et de son adhésion, avant la conclusion du contrat, est plus délicate lorsque les conditions générales n'ont pas été directement signées par le consommateur. Par exemple, très fréquemment, l'*instrumentum* du contrat de consommation prend la forme d'une ou plusieurs feuilles sur lesquelles figurent les conditions particulières au *recto* de la première feuille suivies des conditions générales au *verso* de la première feuille et, le cas échéant, sur les feuilles suivantes. Seul le *recto* de la première feuille est signé par le consommateur. Dans d'autres hypothèses, les conditions générales figurent sur un support matériellement distinct des conditions particulières comme des documents annexes, des affiches, des écriteaux, une page internet, *etc*. En principe, la solution est stricte lorsque les conditions générales n'ont pas été signées par la partie cocontractante, particulièrement lorsqu'elle est un consommateur ou un non-professionnel, et que les

[353] Pour des exemples récents de la solution : Civ. 1ère, 11 mai 2012, pourvoi n° 10-25.620, Inédit – Civ. 2ème, 3 mars 2011, pourvoi n° 10-11.826, Inédit.
En ce sens : F. LABARTHE, *La notion de document contractuel*. Paris : LGDJ, 1994, n° 16. J. GHESTIN, *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, n° 143. F. TERRE, Y. LEQUETTE et Ph. Simler, *op. cit.*, n° 122.

conditions particulières ne s'y réfèrent d'aucune manière : en l'absence d'adhésion du consommateur, les conditions générales sont inopposables[354].

214. Les solutions sont plus nuancées lorsque le document principal signé par les parties contient une clause qui précède la signature du consommateur, parfois qualifiée de « clause de renvoi », qui mentionne l'existence des conditions générales du professionnel et qui constate l'adhésion du consommateur à ces conditions générales[355]. En principe, l'existence d'une clause signée par une partie, constatant son adhésion à des stipulations qui ne sont pas signées par elle, permet de prouver leur connaissance au moment de la conclusion du contrat. Mais, il faut encore prouver que la partie qui a adhéré aux conditions générales était en mesure d'entrer en leur possession avant la conclusion du contrat. Lorsque la clause constate l'adhésion à des conditions générales qui sont reproduites au *verso* du document signé, la possibilité pour le consommateur de prendre connaissance des conditions générales avant la conclusion du contrat n'est pas douteuse et l'opposabilité des conditions générales est majoritairement admise[356]. La solution est identique lorsque les conditions générales figurent dans un document matériellement rattaché au document signé par la partie qui y adhère[357]. En revanche, les solutions sont plus incertaines lorsque la clause de renvoi constate l'adhésion à des conditions générales qui ne sont pas matériellement annexées au contrat. Dans ce cas, la possibilité effective pour la partie qui y adhère d'avoir accès à un exemplaire des conditions générales avant la conclusion du contrat n'est pas toujours acquise, même lorsqu'elle précise que cette partie reconnaît avoir reçu un exemplaire des conditions générales. Malgré tout, la clause de renvoi, lorsqu'elle précise que la partie qui la signe reconnaît avoir reçu un exemplaire des conditions générales, a une valeur probante de leur connaissance au moment de la

[354] Civ. 1ère, 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.126 ; *Bull. civ. I*, n° 316 ; *CCC*, 1999, n° 18, note L. LEVENEUR ; *Defrénois*, 1999, p. 367, obs. PH. DELEBECQUE – Civ. 1ère, 11 mai 2012, pourvoi n° 10-25.620, Inédit. F. LABARTHE, *op. cit*., nos 337 à 343.

[355] La formule est classique : « Je (...) reconnais avoir pris connaissance et accepté les conditions générales de service au *verso* du présent contrat […] » reproduite dans Civ. 1ère, 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.725. Sur internet, la conclusion des contrats par internet est souvent subordonnée à l'acceptation des conditions générales qui prend la forme d'une case à cocher avant de pouvoir valider définitivement la conclusion du contrat.

[356] Civ. 1ère, 3 décembre 1991, pourvoi n° 89-20.856 ; *Bull. civ. I*, n° 342 – Civ. 1ère, 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.230, Inédit.

[357] V. par exemple, Civ. 1ère, 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.725, Inédit ; *CCE*, 2006, n° 1, p. 33, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK. En l'espèce, les conditions générales figuraient sur un livret relié au contrat de consommation.

conclusion du contrat qu'il est difficile de remettre en cause[358]. Les conditions de l'adhésion d'une partie aux conditions générales proposées par une partie qui les a entièrement rédigées, ou au moins choisies, sont alors assez souples. Cette solution n'est pas conforme aux nombreuses recommandations de la Commission des clauses abusives. Pour assurer l'effectivité de la remise des conditions générales aux consommateurs avant la conclusion du contrat, elle préconise que la signature des parties précède les conditions générales, même lorsque ces dernières figurent au *verso* d'un document signé au *recto,* pour qu'elles aient une valeur contractuelle[359].

215. Une autre approche, spécifique aux contrats de consommation, pour contester la valeur contractuelle des conditions générales lorsqu'une clause du document signé par les parties y fait référence, est de relever le caractère abusif de la clause de renvoi. En effet, si la clause de renvoi est déclarée abusive, elle est réputée non écrite[360]. La valeur des conditions générales est alors celle de conditions générales qui n'ont pas été signées par le consommateur et auxquelles aucune stipulation signée par lui ne renvoie. En conséquence, elles n'ont aucune valeur contractuelle et elles ne peuvent pas lui être « opposées ». La méfiance du législateur et de la Commission des clauses abusives envers les clauses de renvoi est constante. Ainsi, l'article 1er du décret n° 78-464 du 24 mars 1978 prohibait « la clause ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non professionnel ou du non-consommateur à des stipulations contractuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe ». Cette disposition qui sonnait le glas des clauses de renvoi – seules avait valeur contractuelle les conditions du contrat signées par le consommateur – fût annulée par une décision du Conseil d'Etat rendue le 3 décembre 1980[361]. La réforme récente du mécanisme de protection des consommateurs contre les clauses abusives par la

[358] Civ 1ère, 10 avril 1996, pourvoi n° 94-14.918 ; *Bull. civ. I*, n° 177 ; *JCP G*, 1996, II, 22694, note H. CLARET et G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1997, p. 118, obs. J. MESTRE. – Civ. 2ème, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.234, Inédit ; *RDI*, 2009, p. 369, D. NOGUERO – Civ. 2ème, 3 mars 2011, pourvoi n° 10-11.826, Inédit.

[359] V. notamment, CCA, 26 novembre 1980, Recomm. n° 80-05 concernant les contrats d'achat d'objets d'ameublement : la Commission des clauses abusives recommande que chaque page du contrat de consommation soit signé par les parties – CCA, Recomm. n° 82-01 concernant les contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport – CCA, Recomm. n° 87-02 concernant les contrats proposés par les agences matrimoniales – CCA, Recomm. n° 94-02 relative aux contrats porteurs des cartes de paiement assorties ou non d'un crédit – CCA, Recomm. de synthèse n° 91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs.

[360] Sur la sanction des clauses abusives, v. *infra* nos 247 et s.

[361] CE, 3 décembre 1980, req. n° 12814 ; *JCP G*, 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; *D.*, 1981, p. 228, note Ch. LARROUMET.

loi n° 2008-774 du 4 août 2008 a été l'occasion d'encadrer une nouvelle fois les clauses des contrats de consommation qui constatent l'adhésion des consommateurs aux conditions générales rédigées par le professionnel. Elle a instituée une « liste noire » de clauses abusives, définies à l'article R. 132-1 du Code de la consommation, dont le caractère abusif est présumé irréfragablement[362]. Les premières clauses interdites sont celles qui ont « pour objet ou pour effet de : 1° Constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion ». Cette disposition ne reprend pas complétement la solution adoptée en 1978, et préconisée par la Commission de clauses abusives, selon laquelle seules les clauses signées par le consommateur ont une valeur contractuelle. La catégorie des clauses qui ont une valeur contractuelle est plus large. Elle est définie, *a contrario*, à partir des dispositions de l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation.

216. Le premier membre de phrase pose l'interdiction de principe de constater l'adhésion du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans « l'écrit qu'il accepte ». La notion d' « écrit qu'il accepte » est ambigüe. Une première interprétation possible est de comprendre « écrit qu'il accepte » comme « écrit qu'il signe ». Elle conduirait à conclure que toute clause qui constate l'adhésion à des stipulations qui n'ont pas été signées par le consommateur serait abusive. Les clauses de renvoi ne pourraient alors que constater l'adhésion aux clauses qui précèdent la signature du document qui définit les conditions particulières du contrat de consommation ou aux clauses qui figurent dans un autre document qui a été également signé par le consommateur. Cette interprétation, particulièrement protectrice des intérêts des consommateurs, serait conforme aux nombreuses recommandations de la Commission des clauses abusives[363]. Seules les clauses signées pourraient leur être « opposées ». Cette interprétation n'est pas vraisemblable parce qu'elle se concilie mal avec le deuxième membre de phrase[364]. Si la signature des stipulations contractuelles auxquelles il est fait référence dans la clause de

[362] Décret n° 2009-302 du 18 mars 2009. Sur la liste noire v. *infra* n^{os} 229 et s..
[363] V. les références citées *supra* n° 214.
[364] G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP E*, 2009, n° 15, p. 178, n° 6.

renvoi est exigée pour qu'elle ne soit pas irréfragablement abusive, alors le deuxième membre de phrase, qui précise, *a contrario*, les conditions de validité des clauses qui constatent l'adhésion des consommateurs à des clauses figurant dans un autre document que celui signé par le consommateur est inutile et peu cohérent. En outre, cette interprétation est contraire à la jurisprudence actuelle qui considère que les clauses qui constatent l'adhésion du consommateur aux conditions générales figurant au *verso* non signé d'un document signé au *recto* ne sont pas abusives et confèrent une valeur contractuelle aux conditions générales. Les juges ne retiendront probablement pas une interprétation peu cohérente du texte qui, en outre, ne se situe pas dans la continuité de leur jurisprudence.

217. Une deuxième interprétation est alors nécessaire. Elle conduit à comprendre « écrit qu'il accepte » comme se référant aux écrits auxquels le consommateur a valablement adhérés. La prescription doit alors être comprise de la manière suivante : les clauses qui constatent l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans des écrits auxquels il a valablement adhéré sont abusives. Or, les conditions dans lesquelles le consommateur peut valablement adhérer à des stipulations qui figurent dans un écrit qu'il n'a pas signé sont déduites, par une interprétation *a contrario*, du deuxième membre de phrase. Il précise alors les conditions dans lesquelles une clause peut constater l'adhésion du consommateur à des documents qu'il n'a pas signé. Logiquement, l'ordre des deux propositions auraient dû être inversé pour que la première définisse *a contrario* « les écrits que [le consommateur ou le non-professionnel] accepte » valablement, et que le deuxième membre de phrase précise que les clauses qui constatent l'adhésion du consommateur à d'autres écrits que ceux valablement acceptés sont abusives[365].

218. Suivant cette interprétation, il est possible de préciser parmi les clauses constatent l'adhésion du consommateur à des stipulations qu'il n'a pas signées, celles qui sont abusives. Premièrement, sont abusives les clauses qui ne permettent pas d'identifier avec précision[366] le support matériel (document annexe, affiche, écriteau…) des conditions

[365] Mais cette interprétation conduit à une tautologie : la clause est irréfragablement abusive au regard du premier membre de phrase parce qu'elle irréfragablement abusive au regard du deuxième membre de phrase.
[366] « expressément référence »

générales auxquelles le professionnel entend donner une valeur contractuelle. C'est notamment le cas lorsque la clause renvoi aux conditions générales habituellement admises pour ce type de contrat, ou aux conditions générales habituelles du professionnel sans préciser où le consommateur peut se les procurer ou à quelle version il est fait référence. Deuxièmement, sont abusives les clauses qui constatent l'adhésion du consommateur ou du non-professionnel à des clauses dont il n'a pas eu connaissance avant la conclusion du contrat. Dès lors, sont valables, au regard de cet article les clauses qui renvoient aux stipulations figurant au verso du document signé par le consommateur ou à un document qui lui est matériellement attaché puisqu'il ne peut pas y avoir du constatation sur la remise des conditions générales aux consommateur. Mais cette disposition ne met pas fin aux difficultés induites par la référence à des documents qui n'ont pas de lien matériel avec le document signé par le consommateur. Le problème est un problème de preuve. Le plus souvent la clause précisera que le consommateur reconnait qu'il a reçu les conditions générales avant la conclusion du contrat. Et il sera très difficile de prouver l'absence de remise et ainsi de montrer le caractère irréfragablement abusif de la clause. Ce texte condamne également les clauses qui constatent l'adhésion du consommateur qui lui sont transmises après la conclusion du contrat, comme les conditions générales figurant sur un titre de transport émis après la conclusion du contrat[367], ou qui constatent l'adhésion du consommateur à toute version ultérieure des conditions générales qui remplacerait la version des conditions générales du contrat de consommation à laquelle il a adhéré au moment de la conclusion du contrat. Enfin, cette solution soulève le problème de la remise des conditions générales par extraits. La transmission d'extraits ne devrait pas suffire à conférer une valeur contractuelle à l'ensemble des conditions générales du professionnel. Seules les stipulations figurant dans l'extrait remis au consommateur devraient lui être opposables. Là encore, en cas de litige, la difficulté principale serait de prouver que la remise n'a été que partielle lorsque la clause de renvoi ne le mentionne pas.

219. La conformité des clauses de renvoi aux exigences de l'article R. 132-1, 1°, du Code de la consommation ne garantit pas l'absence de caractère abusif. Ce dernier peut toujours être constaté par le juge en raison du déséquilibre significatif qu'elles créent

[367] La solution est déjà admise en jurisprudence. V. Civ. 1ère, 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.145, Inédit ; Cerclab n° 2026.

entre les droits et obligations des parties au détriment du consommateur[368]. Les solutions actuelles qui constatent le caractère abusif de certaines clauses de renvoi doivent donc être maintenues. Parfois, le caractère abusif résulte de la présentation de la clause de renvoi[369]. Son caractère illisible ou son éloignement de la signature justifie son éradication du contrat[370]. A l'inverse, sa proximité avec la signature du consommateur et sa mise en évidence dans un paragraphe distinct des autres stipulations tendent à conforter l'absence de caractère abusif de la clause[371]. Cette solution est pleinement justifiée au regard de la finalité de la clause. Elle constate l'adhésion du consommateur aux conditions générales du contrat. Sa connaissance doit être effective pour que le consommateur accepte, ou du moins, connaisse, les conditions accessoires qui s'appliqueront au contrat conclu. D'autre fois, le caractère abusif d'une clause de renvoi résulte de l'impression que l'adhésion aux conditions générales du contrat de consommation est sans réserve et que le consommateur ne pourra plus contester la validité des stipulations qui y sont contenues[372]. Enfin, pourraient être abusives les clauses de renvoi qui constatent l'adhésion du consommateur à des stipulations illisibles ou incompréhensibles[373].

220. Finalement, les solutions spécifiques du droit de la consommation, fondées sur l'éradication des clauses abusives, rejoignent en grande partie les solutions du droit commun, fondées sur l'absence d'adhésion aux conditions générales proposées par l'autre contractant. Ainsi, plusieurs catégories de stipulations ont une valeur contractuelle. D'abord, les stipulations signées par le consommateur ont bien évidemment une valeur contractuelle. Ensuite, les stipulations auxquelles le consommateur a adhéré en signant une clause de renvoi, qui est lisible et compréhensible, qui mentionne précisément le support matériel des stipulations auxquelles le consommateur adhère, qui constate son

[368] Sur les clauses abusives en raison du déséquilibre significatif qu'elles créent v. *infra* n^{os} 233 et s.
[369] Sur le caractère abusif des clauses illisibles ou incompréhensibles, v. *infra* n° 241.
[370] Pour des décisions retenant le caractère abusif de la clause de renvoi en raison de sa présentation v. par exemple : CA Angers, 1ère ch. A, 21 février 1997, RG n° 96/00162, Cerclab n° 688 – CA Rennes, 1ère ch. B, 4 juillet 2003, RG n° 02/04189.
[371] Pour des décisions rejetant le caractère abusif d'une clause de renvoi, constatant que sa lisibilité est satisfaisante v. par exemple : T. com. Paris, 7ème ch., 12 mars 2012, RG n° 200/04116, Cerclab n° 309 – CA Grenoble, 2ème ch. civ., 6 mars 2012, RG n° 09/00828, Cerclab n° 3671 – CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 9 novembre 2011, RG n° 10/05901, Cerclab n° 3411.
[372] TGI Bobigny, 7ème ch., sect. 2, 21 mars 2006, RG n° 04/04295 ; Cerclab n° 3067.
[373] CCA, Recomm. n° 91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs (1°).

adhésion à un document dont il a eu connaissance avant la conclusion du contrat, et qui ne donne pas l'impression au consommateur qu'il ne dispose d'aucun recours pour contester la validité des conditions générales, ont également une valeur contractuelle. Les autres stipulations, comme celles dont il est fait référence par une clause qui ne respectent pas ces conditions, ou celles transmises après la conclusion du contrat n'ont pas de valeur contractuelle.

221. Cette délimitation des documents ayant une valeur contractuelle, qui se fonde sur l'analyse classique du contrat, permet de lutter contre certains déséquilibres des conditions accessoires des contrats en rejetant en bloc les stipulations auxquelles le consommateur n'a pas adhéré ou a adhéré par une clause réputée non écrite en raison de son caractère abusif. Compte tenu des difficultés insolubles de preuve concernant la remise des conditions générales, et des difficultés induites par l'existence de différentes versions, il serait opportun d'unifier les règles de l'opposabilité des conditions des contrats de consommation. La solution recommandée par la commission des clauses abusives selon laquelle seule aurait une valeur contractuelle les stipulations signées par le consommateur semble la bonne. Sa mise en œuvre pratique n'est pas trop lourde pour les professionnels, elle permettrait de lever les difficultés relatives à la preuve de la remise des conditions générales et de figer la version des conditions générales applicables aux contrats. Mais, ces solutions ne garantissent pas l'équilibre des conditions accessoires de contrats de consommation, parce que, même s'il en a connaissance avant la conclusion du contrat, le consommateur n'est pas en mesure de les négocier. Malgré ces exigences, les professionnels n'hésitent pas à proposer aux consommateurs des conditions générales peu conformes aux conditions de licéité tendant à assurer un minimum d'équilibre dans les conditions accessoires des contrats de consommation, qu'elles découlent du droit commun ou des dispositions consuméristes.

Section 2. Les sanctions des illicéités affectant les conditions accessoires des contrats de consommation

222. L'utilisation de conditions générales prérédigées est favorable aux professionnels et, lorsqu'elles sont employées loyalement, elles permettent d'assurer la rapidité des opérations de consommation et d'avoir une gestion rationnelle des coûts des transactions

standardisées qui profite *in fine* aux consommateurs[374]. Cependant, lorsqu'une partie a, dans les faits, le pouvoir de fixer unilatéralement les conditions accessoires d'un contrat, elle profite souvent de sa position de force pour imposer des stipulations qui lui sont fortement avantageuses. Le recours à l'analyse classique du contrat, qui permet de reconnaître la valeur contractuelle des conditions générales auxquelles l'autre partie n'a pas adhérées ne suffit pas. Ces abus ne sont pas propres aux contrats de consommation et le fondement d'un contrôle des conditions des contrats imposées par une des parties a été recherché, sans succès, dans des mécanismes de droit commun[375]. Dans l'objectif de limiter les abus des professionnels dans la rédaction des contrats de consommation et les déséquilibres qui en découlent, de nombreuses exigences, tant formelles que matérielles, sont imposées par la loi et constituent les conditions de la licéité des clauses des contrats de consommation. Ces exigences ne sont pas limitées aux clauses non négociées par les consommateurs ou les non-professionnels, ce qui évite des problèmes de qualification du contrat de contrat d'adhésion ou de qualification de clause non négociée[376]. Elles s'appliquent à toutes les stipulations contenues dans les contrats de consommation.

223. Le contrôle des clauses des contrats de consommation est un contrôle objectif, qui s'exerce sans que le comportement fautif du professionnel doive être démontré. Cependant, en raison de la domination des professionnels dans la rédaction des contrats de consommation et de l'impossibilité concrète de les négocier pour les consommateurs, les professionnels apparaissent comme les garants de la licéité des conditions accessoires des contrats de consommation. La présence d'illicéité est le révélateur d'une faute du professionnel, qui, si elle n'est pas nécessairement commise dans l'intention de causer un préjudice aux consommateurs, est caractérisée par la négligence dont il a fait preuve en proposant aux consommateurs des contrats dont les conditions ne respectent pas les exigences légales et règlementaires[377]. Les mesures corrigeant les illicéités des conditions

[374] G. BERLIOZ, *Le Contrat d'adhésion*. Paris : LGDJ, 1976, n° 28 : « Les limitations abusives des engagements pris contractuellement qui ont caractérisé la première utilisation des contrats d'adhésion, et qui n'ont pas disparu, ne doivent pas faire oublier qu'un choix et une limitation raisonnable des engagements permettent de faire du contrat d'adhésion un mode de calcul, de prévision et de limitation des risques indispensable à une gestion rationnelle et à une détermination objective des prix ».
[375] Sur ce point v. J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op.cit.*, n° 173 : « Le droit français classique préfère la sécurité des transactions à l'équilibre contractuel ».
[376] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 180.
[377] Civ. 1ère, 1er février 2005, pourvoi n° 02-20.633 ; *Bull. civ. I*, n° 63 : « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs ».

des contrats de consommation apparaissent alors comme des sanctions pour les professionnels.

224. *A priori*, la sanction prononcée devrait dépendre de la nature de l'illicéité constatée. Mais la matière est plus complexe. Les dispositions consuméristes ne prévoient pas toujours la sanction des obligations qu'elles imposent ou ne prévoient pas toujours la même sanction pour un même type d'illicéité. Par exemple, les irrégularités formelles affectant les contrats de crédit à la consommation sont sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts du prêteur qui ne peut bien évidemment pas être appliquée aux irrégularités formelles des autres contrats de consommation. Se côtoient alors, pour sanctionner la méconnaissance des exigences consuméristes, des sanctions issues de droit commun comme la nullité, et des sanctions spéciales aux contrats de consommation. *La diversité des sanctions des illicéités affectant les clauses des contrats de consommation (§1)* soulève parfois des difficultés. En effet, l'articulation des sanctions entre elle n'est pas toujours précisée, particulièrement lorsqu'une seule et même clause est affectée par plusieurs illicéités distinctes. Il apparaît donc nécessaire de préciser *le traitement des hypothèses de concours de sanctions (§2).*

§1. La diversité des sanctions des illicéités affectant les clauses des contrats de consommation

225. Le législateur n'a pas choisi une sanction unique applicable à toute les illicéités qui peuvent affecter les clauses des contrats de consommation. Elles varient en partie en fonction du défaut constaté. Certaines clauses sont illicites parce qu'elles sont contraires à une disposition légale ou réglementaire, qui réglemente leur présentation formelle ou leur contenu. L'absence de contrariété aux dispositions réglementant la présentation des clauses des contrats ou aux dispositions réglementant le contenu de certains contrats de consommation ne garantit pas nécessairement la licéité de la clause. D'autres clauses sont illicites en raison du déséquilibre qu'elles créent dans le contrat de consommation entre les droits et les obligations des parties, ce sont les clauses abusives. Ainsi la présentation de *la sanction des clauses abusives (A)* sera suivie de celle des *sanctions des clauses contraires à une disposition légale ou réglementaire (B).*

A. La sanction des clauses abusives

226. La législation relative aux clauses abusives est relativement récente. Elle a été introduite par la loi Scrivener n° 78-23 du 10 janvier 1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services[378]. L'idée de contrôler l'équilibre des clauses dans les contrats a entrainé de vives réactions, certains auteurs estimant qu'un tel contrôle porte atteinte aux principes du Code civil et particulièrement à l'autonomie de la volonté. Pourtant, le maintien dans le contrat de clauses qui n'ont, le plus souvent, même pas été lues par l'autre partie n'apparaît pas respectueux de la volonté du consommateur. Au contraire, le contrôle de ces clauses et l'éradication des clauses abusives dans les contrats de consommation permet d'assurer l'équilibre du contrat rompu par l'insertion de clauses méconnues par l'une des parties[379]. Il s'impose comme un corollaire à la possibilité, pour le professionnel, de déterminer unilatéralement le contenu du contrat[380].

227. L'un des intérêts et l'une des force de la législation relative aux clauses abusives est sa généralité. Le législateur n'a pas inséré une protection sectorielle en fonction de la nature du contrat ou de la méthode employée pour sa conclusion : le contrôle s'exerce dans tous les contrats conclus entre les professionnels et les non-professionnels. La notion de clause abusive est donc générale et l'insertion de clauses abusives dans un contrat de consommation est toujours illicite. Cependant, toute clause insérée dans un contrat de

[378] Cette loi a été modifiée à plusieurs reprises. Elle a été modifiée substantiellement par la loi n° 95-96 du 1er février 1995 concernant les clauses abusives et la présentation des contrats et régissant diverses activités d'ordre économique et commercial transposant la directive communautaire n° 13/93/CEE du 5 avril 1993 (J. GHESTIN et I. MARCHESSAUX, « L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire », *RED consom.*, 1993, p. 67 ; « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G*, 1995, I, 3854 ; G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 99 ; M. TROCHU, « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993) », *D.*, 1993, p. 315). Ensuite, elle a été modifiée par l' Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001 portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation ; par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie qui a modifié assez profondément les règles de preuves en matière de clauses abusives ; et très ponctuellement par la loi n° 2010- 737 du 1er juillet 2010 portant réforme du crédit qui a substitué, dans le deuxième alinéa de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, l'expression « la commission instituée à l'article L. 534-1 » à l'expression « la commission instituée à l'article L. 132-2 ».

[379] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 176. RIPERT.

[380] X. HENRY, « Universalisme de la protection contre les clauses abusives et autonomie du droit de la consommation », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 205, n° 18.

consommation ne peut pas faire l'objet d'un contrôle de son caractère abusif et être réputée non écrite. Sous l'empire de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, les types de clauses pouvant être déclarées abusives étaient limitativement énumérés à l'article 35. Il s'agissait des « clauses relatives au caractère déterminé ou déterminable du prix ainsi qu'à son versement, à la consistance de la chose ou à sa livraison, à la charge des risques, à l'étendue des responsabilités et garanties, aux conditions d'exécution, de résiliation, résolution ou reconduction des conventions ». Cette énumération légale des clauses pouvant être déclarées abusives a été supprimée par la loi n° 95-96 du 1er février 1995, transposant la directive 93/13/CEE du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs. Depuis cette date, le caractère abusif de toute clause insérée dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur ou un non-professionnel peut en principe être contrôlé. Par exception, selon les dispositions de l'article L. 132-1, alinéa 7, du Code de la consommation, l'appréciation du caractère abusif de la clause ne peut pas porter sur la définition de l'objet principal ou sur l'adéquation du prix ou de la rémunération au bien vendu ou au service offert. Toutefois, le contrôle redevient possible lorsque la clause n'est pas rédigée de façon claire et compréhensible. Par conséquent, le contrôle des clauses abusives peut s'exercer sur toutes les conditions accessoires des contrats. La sanction des clauses abusives apparait comme la sanction principale permettant de corriger les déséquilibres des conditions accessoires des contrats de consommation. *La notion de clauses abusives (1)* doit être précisée avant de présenter *la sanction des clauses abusives : la clause réputée non écrite (2).*

1. La notion de clause abusive

228. La définition des clauses abusives relève de deux méthodes distinctes. Premièrement, le caractère abusif de certaines clauses est déterminé objectivement par des dispositions règlementaires, indépendamment de tout contrat de consommation ou de tout contentieux. Deuxièmement, l'article L. 132-1, alinéa 1er, du Code de la consommation, définit la notion de clause abusive de manière générale. Dès lors, les clauses qui ne sont pas déclarées abusives par le pouvoir réglementaire, peuvent être qualifiées d'abusives si elles correspondent à la définition qui en est donné par l'article L. 132-1 du Code de la consommation, c'est-à-dire si elles « ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du non-professionnel ou du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat ». Ainsi, *la détermination*

réglementaire des clauses abusives (a) est complétée par *la détermination judiciaire des clauses abusives (b).*

a. La détermination réglementaire des clauses abusives

229. Dès 1978, le législateur a choisi d'habiliter de manière permanente le pouvoir exécutif à définir les clauses abusives dans les contrats de consommation[381]. Pour ce faire, l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 définissait la notion de clause abusive. Il ressortait de la compétence du pouvoir exécutif de préciser quelles clauses répondaient à cette définition et devaient par conséquent être réputées non écrites. Le caractère abusif de ces clauses est alors objectif, indépendant de tout litige individuel de consommation. Les différentes réformes de la législation relative aux clauses abusives ont toujours maintenu l'habilitation du pouvoir exécutif. Mais jusqu'à la réforme opérée par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, l'intervention du pouvoir exécutif était sporadique. Un seul décret a été adopté, le décret n° 78-464 du 24 mars 1978. Il interdisait trois clauses : les clauses dans les contrats de vente qui suppriment ou réduisent « le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations »[382] ; les clauses permettant au professionnel de se réserver « le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre »[383] et les clauses constatant l'adhésion du consommateur à des conditions générales qu'il n'a pas signées. Cette dernière disposition a été censurée par le Conseil d'Etat[384]. La définition réglementaire était donc un échec.

230. La loi n° 2008-776 du 4 août 2008 a fait évoluer la situation en instaurant un système, proche du système allemand, de « liste noire » de clauses irréfragablement abusives, dont le caractère abusif est prédéterminé par le pouvoir réglementaire et ne peut plus être discuté à l'occasion d'un litige, et de « liste grise » de clauses simplement présumées abusives. Ainsi, l'article L. 132-1, alinéa 3, du Code de la consommation dispose désormais qu'un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission des

[381] Sur la constitutionnalité de ce procédé v. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*. Paris : Economica, 2006, n^{os} 338 à 341.
[382] Anc. art. R. 132-1 C. consom.
[383] Anc. art. R. 131-2 C. consom.
[384] CE, 3 décembre 1980, req. n° 12814 ; *JCP G*, 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; *D.*, 1981, p. 228, note Ch. LARROUMET

clauses abusives détermine les clauses qui « eu égard à la gravité des atteintes qu'elles portent à l'équilibre du contrat, doivent être regardées, de manière irréfragable, comme abusives au sens du premier alinéa ». La compétence du pouvoir réglementaire est donc restreinte par rapport au système précédent. Antérieurement à la loi de 2008, ce dernier était compétent pour interdire toute clause qui correspondait à la définition des clauses abusives de l'alinéa 1er de l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Désormais, sa compétence est limitée à l'interdiction des seules clauses abusives qui portent gravement atteinte à l'équilibre des contrats[385].

231. L'entrée en vigueur de la loi était subordonnée à l'adoption des décrets en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission des clauses abusives fixant les clauses irréfragablement abusives et les clauses simplement réputées abusives. Les dispositions transitoires prévoyaient toutefois qu'elle entrait en vigueur au plus tard le 1er janvier 2009. La liste noire des clauses abusives a finalement été adoptée par le décret n° 2009-302 du 18 mars 2009 portant application de l'article L. 132-1 du Code de la consommation[386]. L'article R. 132-1 du Code de la consommation a été modifié, il contient désormais la liste des douze clauses réputées irréfragablement abusives, et par conséquent prohibées dans les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs ou non-professionnels. Une partie des clauses prohibées par l'article R. 132-1 du Code de la consommation sont celles qui permettent au professionnel de déterminer unilatéralement le contenu du contrat après sa formation ou de fixer directement ou indirectement l'étendue de ses obligations essentielles. Sont ainsi irréfragablement abusives les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « restreindre l'obligation pour le professionnel de respecter les engagements pris par ses préposés ou ses mandataires », de « réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les clauses du contrat relatives à sa durée, aux caractéristiques ou au prix du bien à livrer ou du service à rendre » ou encore de « supprimer ou réduire le droit à réparation du

[385] Même si cette exigence n'est pas, en pratique, de nature à limiter l'intervention du pouvoir réglementaire, elle ouvre la porte à la contestation. Un recours pour excès de pouvoir, fondé sur le fait que la clause interdite, bien qu'abusive, ne porte pas des atteintes grave à l'équilibre du contrat, est, au regard de la rédaction du texte, possible.

[386] G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G*, 2009, p. 116. J. ROCHFELD, « Clauses abusives - Listes réglementaires noire et grise », *RTD civ.*, 2009, n° 2, p. 383 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises" : A propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP E*, 2009, n° 15, p. 178.

préjudice subi par le non-professionnel ou le consommateur en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations ». L'éradication des clauses abusives est alors un moyen de conserver l'équilibre du contrat tel qu'il a été initialement défini par les parties au contrat en limitant le pouvoir du professionnel de modifier son contenu après la conclusion du contrat[387]. Une autre partie des clauses irréfragablement abusives concernent les clauses relatives à la résiliation du contrat de consommation. L'absence de réciprocité est un élément qui fonde le caractère abusif de la clause. Ainsi, est prohibée la clause qui a pour objet ou pour effet de « reconnaître au professionnel le droit de résilier discrétionnairement le contrat, sans reconnaître le même droit au non-professionnel ou au consommateur ».

232. En théorie, la détermination objective des clauses irréfragablement abusives par le pouvoir réglementaire devrait supprimer toute discussion sur le caractère abusif de la clause. Il suffirait de montrer que la clause litigieuse correspond à la définition réglementaire pour qu'elle soit réputée non écrite. Mais, en pratique, cette méthode de détermination ne supprime pas toute difficulté quant à l'appréciation du caractère abusif d'une clause. En effet, la rédaction de certaines dispositions de l'article R. 132-1 du Code de la consommation ouvre la porte à une discussion factuelle qui déterminera le caractère abusif ou non de la clause dans un litige individuel de consommation[388]. Par exemple, les clauses qui ont pour objet ou pour effet de « constater l'adhésion du non-professionnel ou du consommateur à des clauses qui ne figurent pas dans l'écrit qu'il accepte ou qui sont reprises dans un autre document auquel il n'est pas fait expressément référence lors de la conclusion du contrat et dont il n'a pas eu connaissance avant sa conclusion » sont irréfragablement abusives aux termes de l'article R. 132-1 1° du Code de la consommation. Pourtant, une même clause insérée dans un même contrat ne sera pas toujours abusive. Si les conditions générales n'ont pas été effectivement remises au consommateur et qu'il n'en a pas eu, de ce fait, connaissance avant la conclusion du contrat, la clause qui constate l'adhésion du consommateur aux conditions générales et par laquelle il reconnait en avoir reçu un exemplaire est abusive. A l'inverse, la clause n'est pas abusive au regard du texte précité si les conditions générales ont effectivement

[387] V. *supra* n^{os} 302 et s.
[388] G. PAISANT, « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP G*, 2009, p. 116, n° 6.

été remises au consommateur avant la conclusion du contrat[389]. Le pouvoir d'appréciation des juges est renforcé en l'absence de décret d'interdiction.

b. La détermination judiciaire des clauses abusives

233. Dans l'esprit du législateur de 1978, seul le pouvoir exécutif était habilité pour interdire, limiter ou réglementer les clauses dans les contrats de consommation par décret en Conseil d'Etat pris après avis de la Commission de clauses abusives. La définition des clauses abusives qui figurait alors à l'article 35 de la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978 lui était destinée. La réunion de deux critères cumulatifs autorisait le pouvoir exécutif à qualifier une clause d'abusive et à l'interdire dans les contrats conclus entre les professionnels et les consommateurs ou non-professionnel. La clause devait être imposée par un abus de puissance économique d'une part, et conférer un avantage excessif au profit du professionnel, d'autre part. Il était alors exclu que les juges aient le pouvoir d'apprécier le caractère abusif des clauses contenues dans les contrats de consommation[390]. Mais, en raison de la faible intervention du pouvoir exécutif en la matière[391], les tribunaux se sont reconnus compétents pour exercer ce contrôle sur la base de la définition générale des clauses abusives contenues dans la loi. Après plusieurs arrêts annonciateurs[392], la première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 14 mai 1991, a clairement admis que les magistrats pouvaient constater le caractère abusif d'une clause en l'absence de décret d'interdiction[393]. La loi n° 95-96 du 1er février 1995 a confirmé le pouvoir des cours et des tribunaux de déterminer le caractère abusif des clauses insérées dans les contrats de consommation. Les dispositions de la loi ont également modifié la définition des clauses abusives, elles sont désormais définies par un

[389] V. *supra* nos 215 et s.
[390] J. CALAIS-AULOY ET H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 185 ; J. GHESTIN, *Traité de droit civil : t. 2, Les obligations : Le contrat : Formation*. 2ème éd., Paris : LGDJ, 1988, n° 604.
[391] V. *supra* n° 229.
[392] J. GHESTIN, note sous Civ. 1ère, 6 décembre 1989, pourvoi n° 88-16.727 ; *Bull. civ. I*, n° 379 ; *D.*, 1990, p. 289 – Civ. 1ère, 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-17.731, *Bull. civ. I*, n° 226 ; *D.*, 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY – Civ. 1ère, 25 janvier 1989, pourvoi n° 83-13.640 ; *Bull. civ. I*, n° 43 ; *JCP G*, 1989, II, 21357, note G. PAISANT
[393] Civ. 1ère, 14 mai 1991, pourvoi n° 89-20.999, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *CCC*, 1991, n° 7, note L. LEVENEUR ; *D.*, 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP E*, 1992, n° 239, note G. PAISANT ; *JCP G*, 1991, II, 21763, note VILLACEQUE ; *LPA*, 8 juillet 1991, note Th. HASSLER. Plus généralement, sur les pouvoir du juge en matière d'éradication des clauses abusives v. également *infra* nos 311 et s.

critère unique : l'existence d'un déséquilibre significatif, au détriment du consommateur ou du non-professionnel, entre les droits et les obligations des parties[394].

234. La qualification du caractère abusif d'une clause est une question de droit contrôlée par la Cour de cassation[395]. L'étude de la jurisprudence relative à la définition des clauses abusives révèle qu'il existe deux types de clauses abusives. D'une part, certaines clauses, conformément à la définition de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, *sont abusives parce qu'elles créent un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties (α).* D'autre part, certaines clauses ne créent pas, en tant que telles, de déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties mais le déséquilibre significatif est la conséquence d'une autre illicéité affectant la clause litigieuse. En conséquence, *les clauses dont le déséquilibre significatif résulte d'une autre illicéité (β)* sont parfois qualifiées d'abusives par la jurisprudence.

α. Les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties

235. Les clauses abusives sont celles qui ont pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur ou du non-professionnel, un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties[396]. Si la notion de déséquilibre significatif n'est pas définie par la loi[397], les dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, précisent les éléments à prendre en considération pour déterminer le caractère abusif d'une clause. Il s'apprécie au moment de la conclusion du contrat, en tenant compte de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat et en appréciant le

[394] La plupart des auteurs s'accordent sur le fait que ce changement de définition du caractère abusif des clauses contenues dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs, qui intègre les dispositions de la directive communautaire de 1993, n'entraîne pas de changement substantiel sur les clauses qui sont regardées comme abusives. V. notamment : J. CALAIS-AULOY et F. Steinmetz, *Droit de la consommation*, 7ème éd., Paris : Dalloz, 2006, n° 182 ; G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 96-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 100, n° 7.

[395] La solution est constamment rappelée par la Cour de cassation : Civ. 1ère, 3 décembre 1991, pourvoi n° 89-20.956 ; *Bull. civ. I*, n° 342 – Civ. 1ère, 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-17.279 ; *Bull. civ. I*, n° 240 ; *D.*, 1999, p. 111, obs. D. MAZEAUD ; *CCC*, 1998, n° 120, note G. RAYMOND. – Civ. 1ère, 1er février 2000, pourvoi n° 97-16.707, Inédit – Civ. 1ère, 1er février 2005, pourvoi n° 03-13.779 ; *Bull. civ. I*, n° 61.

[396] Sur la notion de clause abusive v. également : X. LAGARDE, « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP G*, 2006, I, 110 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC*, 2008, n° 6, étude n° 7.

[397] Mais la notion est suffisamment claire et précise au regard du principe de la légalité criminelle et elle permet de fonder une sanction punitive, une amende. Cons. const., 13 janvier 2011, déc. n° 2010-85-QPC ; *CCC*, 2011, étude n° 5, J.-L. FOURGOUX ; *D.*, 2011, p. 415, note Y. PICOD ; *JCP E*, 2011, p. 1136, note D. MAINGUY. La décision du Conseil constitutionnel se réfère à la jurisprudence nationale et communautaire pour conclure que la notion de déséquilibre significatif est suffisamment claire.

caractère abusif de la clause au regard des autres clauses inclues dans le contrat de consommation, voire des clauses d'un autre contrat lorsque la conclusion des deux contrats ou leur exécution sont dépendantes. Contrairement au caractère abusif défini abstraitement par le pouvoir réglementaire sans se référer à l'ensemble des clauses contenues dans un contrat de consommation ou dans des conditions générales habituellement proposées aux consommateurs, le caractère abusif d'une clause, lorsqu'il est constaté par le juge, dépend de l'ensemble du contenu contractuel.

236. L'étude de la jurisprudence montre que les décisions se fondent sur plusieurs indices pour caractériser le déséquilibre créé par la clause litigieuse. Un certain nombre d'arguments se rapporte à la conformité de la clause aux dispositions légales, aux dispositions réglementaires, voire aux usages de la profession. Les décisions prennent en considération plusieurs éléments : la nature du texte (légale ou réglementaire), la portée des dispositions (impératives ou supplétives), pour décider si la clause litigieuse présente un caractère impératif. Ainsi, lorsque la clause litigieuse est conforme à une disposition légale impérative, à une disposition ou à un principe issu d'une convention internationale, alors, selon les termes de l'article 1, §2, de la directive communautaire de 1993, le contrôle du caractère abusif de la clause est exclu[398]. En revanche, la conformité de la clause litigieuse à une disposition réglementaire impérative ne s'oppose pas au contrôle de son caractère abusif[399]. Toutefois, cette conformité constitue un indice de l'absence de caractère abusif de la clause. A l'inverse, lorsqu'une clause s'écarte de dispositions supplétives et *a fortiori*, lorsqu'elle s'écarte de dispositions impératives son caractère abusif tend à être retenu[400].

---

[398] Cette solution est reprise par la jurisprudence française. V. par exemple : Com., 3 mai 2006, pourvoi n° 02-11.211 ; *Bull. civ. IV*, n° 102.

[399] CA Amiens, 1re Ch., sect. 1,, 20 septembre 2007, RG n° 06/03225 ; Cerclab n° 1242 *;* – CA Amiens, 1re ch. sect. 1, 28 février 2008, RG n° 07/00047 ; Cerclab n° 1238.

[400] Pour une décision rejetant l'absence de caractère abusif d'une clause en raison de sa conformité au régime légal v. Civ. 1re, 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.369 ; *Bull. civ. I*, n° 399 ; Cerclab n° 2069 ; *CCC*, 1997, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 1997, p. 4015, obs. Ch. JAMIN ; *LPA*, 22 décembre 1997, n° 153, p. 17, note J. HUET : Cette décision rejette le caractère abusif d'une clause qui « n'est pas en contradiction avec les principes qui régissent la responsabilité civile ». Pour une décision retenant le caractère abusif d'une clause en raison de sa contrariété à une disposition légale supplétive v. CA Grenoble, 1ère ch. civ., 2 novembre 1998, RG n° 96/4398 ; Cerclab n° 3107 : « la clause de résiliation unilatérale sans mise en demeure préalable, qui ne fait aucune distinction selon la gravité du manquement imputable à l'acquéreur, et dont l'application est laissée à l'arbitraire du vendeur doit être déclarée non écrite, la stipulation prévoyant l'extension de la résolution à des contrats antérieurs étant en outre contraire aux dispositions de l'article 1134 du code civil [souligné par nous] ».

237. Une seconde série d'arguments s'attachent plus particulièrement à mettre en lumière le déséquilibre créé entre les droits et les obligations des parties par la présence de la clause litigieuse. Ainsi, le caractère abusif de la clause se fonde parfois sur l'absence de réciprocité dans les droits des parties lorsque, par exemple, les conditions et les frais de résiliation d'un contrat sont plus lourds pour le consommateur que pour le professionnel[401]. L'argument est important et il est souvent mentionné dans les décisions de justice parce qu'il est le révélateur d'un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties. En ce sens, de nombreuses dispositions des articles R. 132-1 et R. 132-2 du Code de la consommation prohibent ou présument abusives des clauses en raison de l'absence de réciprocité[402]. Le déséquilibre significatif existe également lorsque la clause porte atteinte aux droits et libertés fondamentales du consommateur comme le respect de sa vie privée, sa liberté d'aller et venir[403] ou sa liberté contractuelle[404]. La clause est également jugée abusive lorsqu'elle dresse des obstacles dans l'exercice contractuel des droits du consommateur en lui imposant par exemple une pénalité s'il désire le mettre en œuvre, ou en lui imposant la réalisation de condition quasiment impossible pour bénéficier de l'exécution de la prestation du professionnel. Un autre argument souvent mentionné dans la motivation des juges ou de la Commission des clauses abusives pour

[401] Ainsi, la clause ayant pour objet ou pour effet de « soumettre la résolution ou la résiliation du contrat à des conditions ou modalités plus rigoureuses pour le non-professionnel ou le consommateur que pour le professionnel » est présumée abusive (Art. R. 132-2, 8° C. consom.). Pour des décisions retenant le caractère abusif de ce type de clauses : Civ. 1re, 8 décembre 2009, pourvoi n° 08-20.413, Inédit ; Cerclab n° 2846 – CA Grenoble, 1ère ch. civ., 2 novembre 1998, RG n° 96/4398 ; Cerclab n° 3107 – CA Dijon, ch. civ. B, 8 novembre 2001, RG n° 00/00311 ; Cerclab n° 629.

[402] Par exemple, est irréfragablement abusive la clause ayant pour objet ou pour effet de « contraindre le non-professionnel ou le consommateur à exécuter ses obligations alors que, réciproquement, le professionnel n'exécuterait pas ses obligations de délivrance ou de garantie d'un bien ou son obligation de fourniture d'un service » (Art. R. 132-1, 5° C. consom).

[403] V. Par exemple, CCA, 4 novembre 1985, Recomm. n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées, considérant B, n° 27 : La Commission des clauses abusives recommande de supprimer des contrats les clauses qui ont pour objet ou pour effet « de porter atteinte à la vie privée et à la liberté du consommateur au-delà des contraintes normales de la vie en collectivité, et notamment :
- de lui interdire d'installer des objets personnels ou des meubles ou de décorer son logement de façon compatible avec la taille de celui-ci et avec la présence éventuelle d'autres consommateurs ;
- de permettre au professionnel de prendre connaissance du courrier des consommateurs ;
- de permettre au professionnel d'inspecter les effets personnels du consommateur ;
- de permettre au professionnel en dehors de cas motivés par l'urgence ou les nécessités de l'entretien de pénétrer dans les locaux dont le consommateur a la jouissance ;
- d'imposer au consommateur des sanctions privatives de liberté en cas de manquement au contrat ou au règlement intérieur »

[404] V. par exemple, CA Caen, 1ère ch. sect. civ. et com., 13 mars 2008, RG n° 07/00729 ; Cerclab n° 2896 : La Cour d'appel retient le caractère abusif d'une clause qui impose aux locataires d'un emplacement de camping à l'année, d'acheter un mobile-home auprès du bailleur.

constater le caractère abusif d'une clause est de se référer au déséquilibre dans l'information entre les parties que crée l'insertion de la clause dans le contrat de consommation. Par exemple, les clauses qui laissent penser aux consommateurs qu'ils ne disposent d'aucun recours pour contester la validité des clauses contenues dans les conditions générales ou les clauses contraires à une disposition réglementant le contenu du contrat sont abusives parce qu'elles trompent le consommateur sur l'étendue de ses prérogatives légales. A l'inverse, certains éléments sont pris en considération pour exclure le caractère abusif de la clause comme la nécessité pour le professionnel d'insérer la clause pour les besoins d'une bonne gestion juridique, économique ou technique.

238. En principe, la preuve du caractère abusif de la clause incombe au consommateur ou au non-professionnel[405]. Pour étayer sa démonstration fondée sur les indices permettant de révéler le déséquilibre significatif créé par une clause dans le contrat de consommation, le consommateur peut, en outre, invoquer les décisions de la Commission des clauses abusives. Cette commission a été créée par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978. C'est un organe consultatif dont le rôle est, à l'origine, d'aider le pouvoir exécutif à exercer l'habilitation qu'il a reçue de la loi lui permettant de définir les clauses abusives dans les contrats de consommation. L'une de ses principales attributions est alors d'examiner les modèles de conventions habituellement proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels afin de recommander l'élimination ou la modification des clauses qui présentent, selon elle, un caractère abusif. Après la reconnaissance par les magistrats de la compétence des juridictions pour apprécier le caractère abusif des clauses insérées dans les contrats de consommation, le décret n° 93-314 du 10 mars 1993 relatif à la Commission des clauses abusives a étendu ses attributions. Elle peut, depuis cette date, être saisie par le juge pour avis consultatif sur le caractère abusif d'une clause. S'il est admis sans ambiguïté que les recommandations et les avis rendus par la Commission des clauses abusives n'ont pas de valeur normative, ces décisions participent à la définition des clauses abusives[406]. Si l'existence d'une

[405] Civ. 1ère, 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.369 ; *Bull. civ. I*, n° 399 ; *CCC*, 1997, 32, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ*., 1997, p. 4015, obs. Ch. JAMIN ; *LPA*, 22 décembre 1997, n° 153, p. 17, note J. HUET.
[406] L. LEVENEUR, « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'association Henri Capitant*. Paris : LGDJ, 1997, p. 155. S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite.* Paris : Economica, 2006, n° 357.

recommandation ou d'un avis de la Commission de la clause abusive ne dispense pas le consommateur de prouver le caractère abusif de la clause litigieuse, il peut utilement les invoquer pour appuyer son argumentation. D'ailleurs, les cours et tribunaux s'y réfèrent fréquemment dans leur motivation[407]. De la même manière, le consommateur peut se référer aux dispositions de l'annexe de la directive communautaire de 1993 qui liste des clauses qui sont susceptibles d'être abusives dans les contrats de consommation. Jusqu'à la réforme de 2008, l'annexe de la directive était annexée à l'article L. 132-1 du Code de la consommation. Parfois qualifiée de « liste blanche » des clauses abusives, elle n'a pas de portée normative et elle est sans influence sur la charge de la preuve. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne a précisé récemment que les dispositions de l'annexe n'ont qu'une valeur indicative et ne lient pas les juges. Ces derniers doivent apprécier le caractère abusif d'une clause même si elle correspond à une clause visée par l'annexe comme étant abusive. Toutefois, elle précise que les dispositions de l'annexe sont un « élément essentiel sur lequel le juge compétent peut fonder son appréciation du caractère abusif de cette clause »[408].

239. Parfois, la preuve du caractère abusif d'une clause est aménagée. Ainsi, l'article L. 132-2, alinéa 2, du Code de la consommation, dans sa version issue de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 habilite le pouvoir exécutif à dresser, par décret pris en Conseil d'Etat après avis de la Commission des clauses abusives, une liste de clauses présumées abusives. Le décret n° 2009-303 du 18 mars 2009 a adopté cette liste, qualifiée de « liste grise ». Elle figure à l'article R. 132-2 du Code de la consommation. La présomption est une présomption simple qui opère un renversement de la charge de la preuve. Le consommateur doit montrer, comme pour les clauses irréfragablement abusives, que la clause litigieuse correspond à la clause définie par les dispositions réglementaires. Cette preuve n'entraîne pas automatiquement une qualification de la clause de clause abusive. Le professionnel aura la possibilité de prouver que dans cette espèce la clause ne présente pas de caractère abusif parce qu'elle est, par exemple, justifiée par le besoin d'une bonne gestion, ou parce qu'il existe une contrepartie à cette clause dans le contrat.

[407] J. MESTRE, « L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance », *RTD civ.*, 1999, p. 94.
[408] CJUE, 1ère ch., 26 avril 2012, aff. n° C-472/10, *Invitel*, paragraphe 26.

β. Les clauses dont le déséquilibre significatif résulte d'une autre illicéité

240. Certaines clauses des contrats de consommation cumulent les illicéités. Ainsi, une clause illisible peut être abusive, indépendamment de sa présentation formelle ou des termes obscurs employés parce qu'elle est prohibée par l'article R. 132-1 du Code de la consommation ou parce qu'elle crée un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties. De même, une clause contraire à une disposition légale ou règlementaire relative au contenu du contrat peut être abusive parce qu'elle crée le déséquilibre que la disposition légale ou règlementaire essayait justement de prévenir. Ces clauses sont, sans aucun doute, abusives parce que leur caractère abusif peut être constaté indépendamment des illicéités qui les affectent par ailleurs. Par exemple, dans les crédits renouvelables, la clause qui dispense de conclure un nouveau contrat de crédit lorsque le montant total du crédit est augmenté, cumule les illicéités. D'une part, elle est contraire à l'exigence de conclure un nouveau contrat de crédit à l'occasion de toute augmentation du crédit renouvelable imposée par l'article L. 311-16, alinéa 1er, du Code de la consommation. D'autre part, elle est abusive parce qu'elle crée un déséquilibre en privant le consommateur de ses droits à l'information et à la réflexion garantis par les dispositions légales au moment de l'augmentation de la réserve de crédit disponible[409]. Dans cette hypothèse, le cumul des qualifications devrait être retenu, et la possibilité de cumuler les fondements devraient être admis parce que chacune des illicéités peut être caractérisée indépendamment les unes des autres. Mais cette solution, qui consiste à admettre que le consommateur invoque les différentes illicéités de la clause ne préjuge pas de la solution relativement au cumul de sanctions[410].

241. La question est plus délicate lorsqu'une clause n'est pas abusive au sens de la législation relative aux clauses abusives mais qu'elle présente une autre illicéité, comme une présentation formelle contraire aux exigences de lisibilité, ou une contrariété à une disposition encadrant le contenu du contrat de consommation. Le problème est de savoir si cette illicéité suffit à conférer à la clause qui en est affectée un caractère abusif. Si la jurisprudence relative à cette question n'est pas uniforme, la tendance qui s'en dégage est de considérer que l'illicéité de la clause participe à lui conférer un caractère abusif.

[409] CCA, 27 mai 2004, avis nos 04-02 et 04-03 relatifs à des contrats de compte permanent ; Cass, avis, 10 juillet 2006, pourvoi n° 06-00.0006 ; *Bull. civ. avis,* n° 6.
[410] Sur les problèmes de concours v. *infra* nos 273 et s.

242. Concernant tout d'abord les clauses illisibles ou incompréhensibles[411], la Commission des clauses abusives semble distinguer les questions de forme et le problème du déséquilibre significatif que peut créer l'insertion d'une clause abusive. Alors, selon elle, le seul caractère illisible ou incompréhensible d'une clause ne suffirait pas à lui conférer un caractère abusif. Ainsi, de nombreuses recommandations qu'elle a exprimées préconisent d'un côté la suppression de clauses en raison de leur caractère illisible ou incompréhensible, et d'un autre côté la suppression de clauses abusives en raison de leur contenu. Elle ne retient pas le caractère abusif d'une clause du seul fait de sa présentation. Un avis qu'elle a rendu renforce cette idée. Dans un avis du 21 juin 2007 concernant les clauses fixant à 24 mois la durée initiale à un abonnement de téléphonie mobile, la Commission des clauses abusives a estimé que la clause soumise à son appréciation n'était pas abusive parce qu'elle permettait au consommateur de résilier le contrat pour motif légitime[412]. Mais elle ajoute « que cette appréciation est indépendante du point de savoir si compte tenu de la présentation des documents contractuels (renvois successifs et utilisation de petits caractères), le consommateur a pu avoir une connaissance effective » de la clause. Elle sous-entend donc que la clause n'est pas lisible et compréhensible, et donc qu'elle serait illicite au regard des exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1er, du Code de la consommation. Pourtant, cette illicéité n'est prise en compte par la Commission des clauses abusives dans l'appréciation du caractère abusif d'une clause. Ce dernier ne peut résulter que de considérations substantielles. Elle a donc rejeté le caractère abusif d'une clause qu'elle estime illisible, et par son avis, elle indique implicitement une solution que pourrait adopter les magistrats qui ont demandé son appréciation, à savoir, l'absence de valeur contractuelle de la clause en raison de l'absence de connaissance effective de la clause par le consommateur au moment de la conclusion du contrat. Cette position se justifie parce que le déséquilibre significatif qui doit être relevé pour caractériser l'existence d'une clause abusive est un déséquilibre substantiel entre les droits et les obligations des parties qui existe, ou non, indépendamment de la présentation formelle de la clause.

243. Cependant, pour une clause particulière, la position de la Commission des clauses abusives, concernant le caractère abusif des clauses illisibles ou incompréhensibles, n'est

[411] Sur la notion de clauses illisibles ou incompréhensibles v. *infra* nos 264 à 266.
[412] CCA, 21 juin 2007, avis n° 07-02 relatif à un contrat de téléphonie mobile.

pas identique. Ainsi, elle considère que les clauses illisibles ou incompréhensibles, par lesquelles les consommateurs reconnaissent avoir eu connaissance, avant la conclusion du contrat aux conditions générales du professionnel, et qui constatent leur adhésion, sont abusives pour cette seule raison. La différence de traitement de ces clauses peut s'expliquer par l'influence qu'elles ont sur le contenu du contrat. Elles permettent de conférer une valeur contractuelle à toutes les stipulations contenues dans les conditions générales des professionnels. Leur caractère illisible ou incompréhensible provoque alors indirectement un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur en conférant une valeur contractuelle à des stipulations dont le consommateur pouvait ignorer l'existence.

244. Les décisions des magistrats sont plus nuancées. Parfois, le caractère abusif des clauses illisibles ou incompréhensibles n'est pas examiné. Les juges reconnaissent le caractère illicite de la clause au regard des exigences de l'article L. 133-2, alinéa 1er, du Code de la consommation, sans pour autant qualifier la clause d'abusive. Mais majoritairement, les cours et tribunaux décident que l'illisibilité de la clause ou son caractère incompréhensible lui confère un caractère abusif. Une décision de la première Chambre civile de la Cour de cassation semble confirmer le caractère abusif des clauses illisibles ou incompréhensibles. En effet, par un arrêt du 14 novembre 2006, elle a décidé que « la cour d'appel, qui a […] mis en évidence que cette clause ne répondait pas aux exigences de l'article L. 133-2 du Code de la consommation, en a, à bon droit, ordonné la suppression, comme étant abusive »[413]. Mais la portée de cette décision ne doit pas être surestimée pour deux raisons. Premièrement, elle concerne une clause par laquelle le consommateur adhère aux conditions générales figurant au verso. Il est classiquement admis, pour ce type de clause, y compris par la commission des clauses abusives, que leur illisibilité les rend abusives. Deuxièmement, la décision est rendue à l'occasion d'une action en suppression de clause illicite ou abusive exercée par une association de consommateur. La qualification de clause illicite ou de clause abusive est, dans ce cadre, sans influence sur la sanction prononcée, la suppression de la clause dans les modèles de contrats à venir doit être prononcée.

[413] Civ. 1ère, 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-17.578, *Bull. civ. I*, n° 489 ; *JCP G*, 2007, II, 10056, note G. PAISANT ; *RDC*, 2007, p. 337, note D. FENOUILLET.

245. Concernant ensuite le caractère abusif des clauses contraires à une disposition réglementant le contenu du contrat, le problème est identique. La question est de savoir si l'illicéité d'une clause suffit à lui conférer un caractère abusif. Parfois, indépendamment de l'illicéité constatée, la clause crée un déséquilibre entre les droits et les obligations des parties au détriment du consommateur ou du non-professionnel. En effet, les dispositions réglementant le contenu du contrat tendent à garantir un minimum d'équilibre dans les contrats de consommation. L'insertion de clauses qui leurs sont contraires crée parfois un déséquilibre significatif qui suffit à conférer à la clause un caractère abusif indépendamment de l'illicéité constatée. A l'inverse, certaines clauses illicites ne créent pas de déséquilibre significatif. Par exemple, la clause qui impose un préavis de trois mois à l'emprunteur pour exercer un remboursement anticipé du prêt est illicite parce qu'elle aggrave la situation de l'emprunteur par rapport aux dispositions de l'article L. 311-22 du Code de la consommation mais elle n'est pas abusive parce qu'elle ne crée pas de déséquilibre entre les droits et les obligations des parties[414]. Malgré tout, un courant jurisprudentiel important tend à reconnaître le caractère abusif des clauses contraires à une disposition légale impérative relative au contenu du contrat. Selon le raisonnement des juges, l'illicéité ne confère pas systématiquement un caractère abusif à la clause. Les décisions sont motivées au regard du déséquilibre dans l'information que crée la clause. L'argument est classique pour caractériser le caractère abusif d'une clause. Il est d'ailleurs souvent mentionné par la Commission des clauses abusives pour qualifier les clauses illicites d'abusives notamment pour les clauses à propos des clauses attributives de compétences territoriales[415]. La clause est abusive parce qu'elle trompe le consommateur sur un élément du contrat tel que ses droits, l'étendue de ses obligations ou l'étendue des obligations des professionnels. Le fait de maintenir dans le contrat une clause illicite trompe le consommateur sur l'étendue de la protection légale dont il bénéficie et cette clause est alors abusive en raison du déséquilibre dans l'information qu'elle crée.

[414] Civ. 1ère, 5 février 2009, pourvoi n° 06-16.349, Inédit. La solution a été rendue antérieurement à la réforme du crédit de 2010. Elle devrait être maintenue en application des dispositions actuelles.
[415] CCA, recomm. n° 02-02 relative aux formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples, C-35 : « clauses illicites et, maintenues dans les contrats, abusives »

246. Dans un cas comme dans l'autre, le caractère abusif de la clause se fonde sur le déséquilibre dans l'accès à l'information entre le professionnel qui connaît le contenu du contrat ou qui connaît les dispositions légales et le consommateur qui n'a pas accès au contenu du contrat en raison de l'illisibilité de la clause ou de son caractère incompréhensible, ou qui est trompé sur le contenu de ses droits en laissant subsister dans les contrats des clauses illicites. La constatation du caractère abusif s'ajoute à l'illicéité constatée, ce qui devrait permettre d'invoquer la sanction des clauses abusives.

2. La sanction des clauses abusives : la clause réputée non écrite

247. La clause réputée non écrite n'est pas nouvelle. Cette sanction figure dans le Code civil à l'article 900 qui dispose, depuis son adoption en 1804, que « dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux mœurs, seront réputées non écrites ». A l'époque, cette disposition était isolée. Toutefois, le réputé non écrit fait l'objet d'un développement fulgurant depuis la deuxième moitié du XX^{ème} siècle, tant dans la législation contemporaine que dans la jurisprudence[416]. Avec son développement, des interrogations sur *la nature de la sanction (a)* sont apparues même si elles n'ont que peu d'influence sur *les effets de la sanction (b).*

a. La nature de la sanction

248. Avec le développement du recours au réputé non écrit, la question s'est posée de savoir si cette sanction avait une autonomie propre ou si elle devait être rattachée à une sanction déjà connue en droit positif. Un premier courant doctrinal considère que le réputé non écrit se rattache à la théorie de l'inexistence[417]. L'inexistence d'un acte juridique est constatée lorsque le vice qui l'atteint est tellement grave qu'il n'a jamais été formé. C'est le cas, par exemple, en l'absence de rencontre des volontés des parties sur les éléments essentiels des contrats. L'inexistence correspond à une nullité qui s'applique de plein droit et qui n'a pas à être prononcée par le juge. Si les nullités de plein droit ont toujours existé, la théorie de l'inexistence de l'acte juridique a été formulée au XIX^{ème}

[416] V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G*, 1993, I, 3691, n° 2 et n^{os} 8-9 ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*. Paris : Economica, 2006 ; O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 1999, n° 114

[417] J. CARBONNIER, *Les obligations.* 22ème éd., Paris : PUF, 2000, n° 104 et s. ; R. BAILLOD, « A propos des clauses réputées non écrites », *in Mélanges dédiés à Louis Boyer*. Presses universitaires de Toulouse, 1996, p. 15, n° 22 ; J. KULLMANN, « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, 1993, chron., p. 59.

siècle lorsque l'acte juridique était comparé à un organisme vivant et que la nullité était envisagée comme un état de l'acte juridique et non comme la sanction d'un défaut de validité[418]. Certains vices affectant le contrat étaient tellement graves que l'acte était « mort-né », autrement dit inexistant. D'autres vices, moins graves, n'entrainaient que la possibilité de demander l'annulation judiciaire du contrat. Ainsi, l'inexistence devait s'imposer d'elle-même. Cette théorie a été remise en cause dès le début du XX^{ème} siècle avec l'approche moderne de la théorie des nullités[419].

249. L'assimilation du réputé non écrit à l'inexistence est contestable. Outre qu'elle souffrirait alors des mêmes défauts que l'inexistence elle-même, la théorie de l'inexistence a d'abord été envisagée comme une sanction permettant de pallier les carences du législateur. Or la sanction du réputé non écrit a une source principalement législative[420]. De plus, elle ne paraît pas opportune compte tenu de l'absence de véritable théorie autonome de l'inexistence et du caractère artificiel du concept[421]. Enfin, la justification de l'inexistence et la justification du réputé non écrit sont profondément différentes. L'idée même d'inexistence se fonde sur un vice tellement grave qu'il n'est pas nécessaire de recourir au juge pour en tirer les conséquences et constater l'inexistence de l'acte dans son entier. En matière de clauses abusives, par définition, le réputé non écrit ne peut atteindre que des clauses se rapportant aux conditions accessoires du contrat.

250. D'autres auteurs, sans admettre que la clause réputée non écrite se confond avec l'inexistence du contrat, estiment qu'elle est une sanction autonome qui s'en rapproche par son régime[422]. Ainsi, Madame Gaudemet considère que la caractéristique principale de la clause réputée non écrite est qu'à l'instar de l'inexistence, cette sanction opère de plein droit, sans qu'un juge ait besoin de la prononcer[423]. Elle en tire alors plusieurs conséquences qui ne sont pas reprise en droit positif : les jugements constatent le

[418] Pour une présentation de la théorie de l'inexistence v. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-En-Provence : PUAM, 1999, n^{os} 46 et s.
[419] *Ibid.* n^{os} 76 et s.
[420] V. COTTEREAU, art. préc., n° 59.
[421] S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 140.
[422] V. COTTEREAU, « La clause réputée non écrite », *JCP G*, 1993, I, 3691 ; S. GAUDEMET, *La clause réputée non écrite*. Paris : Economica, 2006.
[423] S. GAUDEMET, *op. cit.*, n° 141.

caractère non écrit d'une clause ont une nature déclarative[424], l'action est imprescriptible[425] et la clause n'est pas susceptible de confirmation[426].

251. Ces conceptions qui rattachent la clause réputée non écrite à l'inexistence ou qui l'envisagent comme une sanction autonome dont les effets sont proches de l'inexistence parce qu'elle n'a pas à être prononcée par le juge sont contestables. Les décisions judiciaires n'ont jamais reconnu cette solution[427]. Mais surtout, cette solution suppose que l'identification des clauses abusives ne soulève pas de difficulté d'appréciation ou des difficultés minimes d'appréciation. La solution était alors concevable lorsque la liste des clauses abusives réputées non écrites était fixée limitativement par le pouvoir exécutif. Avec la consécration du pouvoir des juges d'apprécier le caractère abusif des clauses dans les contrats de consommation, la suppression des clauses abusives de plein droit n'est pas conforme à la réalité pratique. Les critères sont nombreux pour apprécier le caractère abusif d'une clause, et les solutions des juges ne sont pas uniformes. Alors, il est inconcevable que le caractère abusif des clauses dans les contrats de consommation s'impose avec une telle force que leur éradication opère de plein droit.

252. La plupart de la doctrine considère alors que le réputé non écrit est une forme de nullité partielle du contrat[428]. En effet, tant dans la législation qu'en jurisprudence, il est difficile de trouver une portée significative au choix du réputé non écrit ou de la nullité limitée à une clause du contrat. Ainsi, même les défenseurs de l'autonomie de la sanction ou de son rattachement à la théorie de l'inexistence constatent que la prescription de l'une ou l'autre sanction par la loi ne traduit pas nécessairement une intention consciente du législateur d'opérer une distinction. Et même lorsque la loi répute expressément que les clauses abusives doivent être réputées non écrites, de nombreuses juridictions se réfèrent

[424] *Ibid.*, n^os^ 150 et s.
[425] *Ibid.*, n^os^ 231 et s.
[426] *Ibid.*, n^os^ 275 et s.
[427] Les solutions sur lesquelles s'appuient les tenants de l'inexistence sont ambigües. Les formulations invoquées comme « censé n'avoir jamais existé » sont également employées pour souligner le caractère rétroactif de la nullité. V. O. GOUT, *op. cit.*, n^os^125 à 127.
[428] J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, 7ème éd., Paris : Dalloz, 2006, note n° 4 p. 220 : « Nous ne faisons aucune différences entre clause nulle et clause réputée non écrite ». Y. PICOD et H. DAVO, *Droit de la consommation*. 2ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, n° 265 : « Cette sanction qui peut être assimilée à une nullité partielle ».

à la nullité de la clause dans leurs décisions[429]. Dans ces conditions, la différenciation des sanctions en fonction des expressions utilisées par la loi semble vaine.

253. Toutefois, un élément semble exiger de distinguer la nullité partielle de la clause réputée non écrite : la manière dont est déterminée l'étendue des stipulations anéanties rétroactivement. La question de l'étendue de la nullité est désormais classique[430]. Selon la théorie classique des contrats, la nullité ne pouvait être que totale. L'admission générale de la nullité partielle s'est faite par la conciliation de deux articles du Code civil apparemment contradictoires, l'article 900 et l'article 1172. La jurisprudence a alors admis que l'étendue de la nullité devait être fixée en fonction de l'importance, pour les parties, de la clause affectée d'un défaut de validité dans le contrat conclu. Si elle est la « cause impulsive et déterminante » de l'une des parties alors la nullité de l'acte dans son entier doit être prononcée. A l'inverse, si la clause a une importance secondaire, alors la nullité de la clause doit être limitée à cette seule disposition. La clause réputée non écrite se distinguerait lors de la nullité partielle en ce qu'elle se limite toujours à la clause affectée d'illicéité[431].

254. Mais cette différence ne doit pas être surestimée. Le système actuel permettant de déterminer l'étendue de la nullité au regard de la volonté des parties tend à être remis en cause au profit d'un critère objectif qui se fonderait sur des considérations d'efficacité tant préventive que répressive de la nullité. Ainsi, Monsieur Gout propose de combiner deux critères pour déterminer l'étendue de la nullité. Le premier critère, principal, est un critère objectif. Lorsque l'efficacité de la sanction le commande, la nullité ne doit affecter que la clause illicite. Subsidiairement, lorsque l'étendue de la nullité est sans influence sur l'efficacité de la sanction, elle doit être déterminée en fonction du critère classique[432]. Cette solution est parfois reçue en jurisprudence et certaines solutions font prévaloir la nullité partielle du contrat en considération de l'efficacité de la sanction. La solution se rapproche alors de la clause réputée non écrite qui limite, par principe, l'anéantissement à

[429] Ce n'est pas un courant minoritaire. V. Cerclab.
[430] Sur ce point v. notamment : O. GOUT, *op. cit.*, n^os^ 514 et s. ; Ph. SIMLER, *La nullité partielle des actes juridiques*. Paris : LGDJ, 1969.
[431] Cette solution ne vaut que si la clause est divisible du reste du contrat. O. GOUT, *op. cit.*, n^os^ 522 à 526.
[432] O. GOUT, *op. cit.*, n^os^ 562. V. également C. GUELFUCCI-THIBIERGE, *Nullité, restitutions et responsabilité*. Paris : LGDJ, 1992, n° 495. Elle propose de ne retenir que le seul critère objectif pour déterminer l'étendue de la nullité du contrat.

la seule clause abusive en raison de considérations objectives d'efficacité de la sanction[433]. Par ailleurs, de nombreuses dispositions légales imposent que la nullité soit limitée à la seule clause illicite, sans savoir égard à l'influence qu'a eue la clause sur le consentement des parties. Par exemple, en matière de démarchage, l'article L. 121-25, alinéa 2, du Code de la consommation dispose que « Toute clause du contrat par laquelle le client abandonne son droit de renoncer à sa commande ou à son engagement d'achat est nulle et non avenue ».

255. Mais surtout, le critère qui permet de déterminer l'étendue de l'anéantissement provoqué par la sanction n'est pas un élément caractéristique de la nullité. La nullité est une sanction polymorphe. Ce concept regroupe toutes les sanctions des défauts de validité des actes juridiques qui ont pour effet son anéantissement rétroactif, en totalité ou en partie seulement. De plus, il n'existe pas un régime de la nullité mais plusieurs régimes distincts de la nullité en fonction de sa nature, relative ou absolue[434]. Dès lors, il est possible de considérer que la clause réputée non écrite est une forme de nullité partielle du contrat. Ainsi, s'il serait intellectuellement satisfaisant de distinguer avec rigueur les sanctions désignées par le législateur par des termes différents, il semble que la réalité du droit positif est tout autre. Le réputé non écrit est une forme de nullité partielle dont les effets doivent être précisés.

b. Les effets de la sanction

256. L'article L. 132-1, alinéa 5, du Code de la consommation dispose que « les clauses abusives sont réputées non écrites ». C'est une forme de nullité partielle du contrat. La clause est censée n'avoir jamais été stipulée dans le contrat de consommation. L'étendue de la sanction est donc limitée, par principe, aux seules clauses abusives insérées dans le contrat. En conséquence, les magistrats n'ont pas de pouvoir général de réécriture de la clause. Cette solution, largement appliquée par les juges du fond[435], a été rappelée récemment par la Cour de justice de l'Union européenne dans un arrêt du 14 juin 2012[436]. Dans cette affaire, la Cour de justice de l'Union européenne était saisie de plusieurs

[433] V. *infra* « les effets de la sanction ».
[434] V. *supra* n[os] 82 et s.
[435] V. par exemple, CA Dijon, 1[ère] ch., 1[ère] sect.), 30 mars 1993, RG n° 00000924/92 ; Cerclab n° 616 ¬ CA Nîmes, 2[ème] ch. A, 19 mars 1998, RG n° 96-3575 ; Cerclab n° 1075 ; JurisData n° 030537.
[436] CJUE, 14 juin 2012, aff. n° C-618/10, *Banco Español de Crédito*.

questions préjudicielles formulées par l'Audiencia Provincial de Barcelone. L'une d'elle concerne la possibilité pour la législation d'un Etat membre de permettre au juge national, lorsqu'il constate la nullité d'une clause abusive de compléter ledit contrat en révisant le contenu de cette clause. La Cour y a répondu par la négative et confirme ainsi, l'impossibilité pour les juges de réécrire les clauses abusives pour les rendre valides.

257. Malgré cette interdiction, il est possible de relever quelques décisions judiciaires dont l'effet est de réécrire la clause. Certaines décisions opèrent par adjonction. Il a ainsi été jugé que la clause abusive qui prévoit que les droits d'inscription à un voyage sont conservés par le professionnel, quelle que soit la cause de l'annulation du contrat par le consommateur, ne doit pas être annulée mais qu'il doit y être adjoint que « sauf cas fortuit ou force majeure » pour faire cesser l'abus[437]. D'autres décisions opèrent une réécriture de la clause de manière plus indirecte. Parfois, les décisions prononcent la suppression partielle de certains termes ou membre de phrase de la clause seulement[438], ce qui permet de rétablir l'équilibre de la stipulation litigieuse. D'autres fois, les décisions imposent une interprétation dans un sens non abusif[439]. Mais ces décisions sont isolées et le principe de la suppression de la clause sans remplacement s'impose.

258. Si les clauses litigieuses, réputées non écrites parce qu'abusives, concernent, par principe, un élément accessoire du contrat de consommation telles que les conditions de résiliation ou l'étendue de la garantie due par le professionnel, elles ont le plus souvent une importance fondamentale sur la solution d'un litige qui oppose le professionnel et le consommateur. En effet, le caractère abusif de la clause n'est jamais invoqué par un consommateur isolé si le professionnel n'a pas, *a priori,* invoqué son application. La suppression de la clause abusive laisse alors un vide dans le contrat qu'il est nécessaire de combler pour résoudre le litige opposant professionnel et consommateur. Comme il n'est pas possible pour le juge de remplacer la clause dans le contrat, le litige est résolu par les dispositions impératives ou supplétives applicables à l'espèce en cause. Dès lors, l'effet de la suppression d'une clause abusive est très variable sur le contrat en fonction de la clause annulée et des dispositions légales qui permettent de combler ce vide. Parfois la

[437] CA Paris, 25ème ch. A, 20 septembre 2002, RG n° 2001/03/498 ; Cerclab n° 902.
[438] V. par exemple, CA Agen, 1ère ch., 16 juin 2004, RG n° 03/01632 ; Cerclab n° 547.
[439] V. par exemple, CA Rennes, 2ème ch., 26 janvier 2012, RG n° 10/07536 ; Cerclab n° 3594.

reconnaissance du caractère abusif d'une clause et son anéantissement rétroactif du contrat a des conséquences très sévères pour le professionnel. Par exemple, en matière de crédit renouvelable, la reconnaissance du caractère abusif de la clause qui dispense le professionnel de formuler une nouvelle offre de crédit lorsque son montant est augmenté et sa suppression du contrat de crédit peut avoir des conséquences désastreuses pour le professionnel. En effet, l'augmentation du montant du crédit est irrégulière et cette irrégularité a pour conséquence de reporter le point de départ du délai de forclusion de l'action en paiement du prêteur au moment où le montant du crédit initialement convenu a été dépassé. Dans de nombreuses hypothèses, l'action en paiement du prêteur a été déclarée forclose[440]. Plus généralement, les effets de la clause réputée non écrite ne produisent pas des effets aussi pénalisants pour les professionnels. Ainsi, l'éradication des clauses limitatives de responsabilité abusives entraînent l'application de la responsabilité de droit commun[441] ; l'éradication d'une clause abusive autorisant le professionnel à modifier unilatéralement le contrat a pour conséquence de revenir à l'application du contrat tel qu'il a été initialement convenu[442] ; l'éradication des clauses qui limitent les droits légaux du consommateur, comme la limitation abusive des cas de résiliation du contrat, a pour effet de restituer ses droits au consommateur, et a parfois pour conséquence de valider la résiliation unilatérale du contrat faite par le consommateur[443].

259. L'article L. 132-1, alinéa 8, du Code de la consommation précise l'influence de la reconnaissance du caractère abusif d'une clause sur l'entier contrat. Il dispose, conformément aux dispositions de la directive communautaire de 1993, que « le contrat restera applicable dans toutes ses dispositions autres que celles jugées abusives s'il peut subsister sans lesdites clauses ». Ainsi, l'annulation de l'entier contrat n'est qu'exceptionnelle. La solution s'impose lorsque la clause n'est pas matériellement divisible du reste du contrat[444]. L'hypothèse est rare parce que le contrôle des clauses

[440] Pour une étude détaillé de cette sanction, dont les effets principaux sont dissuasifs, v. *infra* n^{os} 438 à 459.
[441] V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 11ème ch., 20 septembre 1995, RG n° 94/19269 ; Cerclab n° 760 ; JurisData n° 047069 ; *CCC*, 1996, n° 172, note G. RAYMOND.
[442] V. par exemple, CA Grenoble, 1ère ch. civ., 13 février 2007, RG n° 05/02995 ; Cerclab n° 2263.
[443] V. par exemple, CA Montpellier, 2ème ch. A, 12 octobre 1999, RG n° 99/0001262 ; Cerclab n° 945.
[444] Monsieur Gout a mis en lumière dans sa thèse que la divisibilité matérielle de la clause est une condition préalable de l'anéantissement partiel du contrat, quel que soit la cause de la nullité. O. GOUT, *op. cit.*, n^{os} 522 à 526.

abusives ne porte, en principe, que sur les clauses accessoires du contrat[445]. Toutefois, l'accumulation de clauses abusives dans un même contrat, qui prises isolément n'entraîneraient pas la nullité du contrat, aboutit parfois à l'anéantissement de l'entier contrat[446].

260. La question de l'étendue de la nullité est plus délicate lorsque la clause est matériellement divisible du reste du contrat. Le problème est alors de savoir si l'insertion d'une clause abusive permet de fonder une demande en annulation du contrat formulée par le consommateur. Cette solution n'est pas exclue par les dispositions communautaires. Ainsi, dans un arrêt du 15 mars 2012, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé que les dispositions de la directive 1993/93/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs ne s'opposent pas à une législation qui prévoit que la présence d'une ou plusieurs clauses abusives entraîne la nullité du contrat dans son ensemble[447]. Toutefois, si cette possibilité n'est pas prévue par la législation nationale, comme c'est le cas en France, l'appréciation de l'étendue de la nullité du contrat ne doit se faire qu'au regard de la possibilité matérielle ou non de maintenir le contrat[448]. Le consommateur ne peut donc pas invoquer le fait que la nullité de l'entier contrat lui est préférable, ou que la clause avait pour lui une importance impulsive et déterminante pour se prévaloir de la nullité du contrat.

261. En revanche, il semble que le contrôle des clauses abusives n'exclut pas que le consommateur puisse invoquer la nullité du contrat en se fondant sur un vice du consentement. Ainsi, si l'insertion d'une ou plusieurs clauses abusives a trompé le consommateur en l'induisant en erreur sur l'étendue de ses droits légaux, sur l'étendue des obligations du professionnel, comme la garantie conventionnelle de conformité, la nullité pourrait être retenue sur le fondement du dol, prévu par l'article 1116 du Code civil, si l'erreur provoquée a été déterminante du consentement du consommateur. L'hypothèse est plausible. Par exemple, un consommateur peut opérer son choix parmi

[445] S. GAUDEMET, *op. cit.*, n[os] 75 et s. V. Toutefois, pour une décision prononçant la nullité du contrat en raison du caractère abusif de la clause définissant les modalités de calcul du prestataire de service : CA Rennes, 1[ère] ch. B, 24 octobre 2008, RG n° 07/05323 ; Cerclab n° 2704 ; JurisData n° 2008-005048.
[446] V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 11[ème] ch. A, 25 juin 2008, RG n° 05/21733, JurisData n° 367742.
[447] CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; *JCP G*, 2012, p. 1171, obs. G. PAISANT ; *RTD com.*, 2012, p. 386, obs. D. LEGEAIS.
[448] *Ibid.*

des offres similaires proposées par différents professionnels en fonction de la garantie conventionnelle qu'il prétend lui accorder. Cet élément serait alors déterminant de son consentement. Finalement, l'insertion d'une clause abusive ne permettrait pas de fonder la nullité du contrat à elle seule. Mais elle serait une manœuvre destinée à tromper le consommateur, caractéristique d'un dol, et elle permettrait au consommateur d'obtenir l'annulation de l'entier contrat sur le fondement de l'article 1116 du Code civil et non sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation relatif à la législation des clauses abusives.

262. En conclusion, parce qu'elle se fonde sur l'existence d'un déséquilibre significatif, au détriment du consommateur, entre les droits et les obligations des parties, et parce qu'elle est applicable à tous les contrats de consommation, la sanction des clauses abusives est le mécanisme central du contrôle de l'équilibre des conditions accessoires des contrats de consommation. La sanction a pour effet, en principe, de supprimer les seules clauses qui ont pour objet ou pour effet de créer ce déséquilibre. Mais l'interdiction des clauses abusives n'est pas la seule disposition qui tend à assurer l'équilibre des contrats de consommation. De nombreuses dispositions, qui encadrent le contenu des contrats de consommation, ont le même objectif. Les sanctions de l'insertion de clauses qui méconnaissent ces dispositions contribuent également à garantir cet objectif.

B. Les sanctions des autres illicéités

263. De nombreuses exigences sont imposées aux professionnels lorsqu'ils rédigent les conditions générales des contrats qu'ils proposent aux consommateurs pour garantir l'équilibre des conventions. Certaines exigences sont formelles, elles tendent à garantir la possibilité pour les consommateurs de prendre connaissance et de comprendre les conditions des contrats qu'ils passent. D'autres sont substantielles, elles tendent à garantir un minimum d'équilibre entre les droits et les obligations des parties en prohibant, ou en imposant, certaines stipulations dans les contrats de consommation. Par conséquent, *les sanctions des clauses illisibles ou incompréhensibles (1)*, doivent être distinguées des *sanctions des clauses contraires à une disposition légale ou règlementaire impérative relative au contenu du contrat de consommation (2)*.

1. Les sanctions des clauses illisibles ou incompréhensibles

264. Pour être licites, « les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels doivent être présentées et rédigées de façon claire et compréhensible ». Cette disposition figurant à l'article L. 133-2, alinéa 1er, du Code de la consommation, et dont le champ d'application est général à tous les contrats de consommation, est l'expression d'une exigence formelle. Elle est parfois rappelée par des dispositions plus spéciales encore qui ne s'appliquent qu'à certains contrats de consommation. Ainsi, les articles L. 121-18, L. 121-20-3 et L. 121-20-10 du Code de la consommation reprennent cette exigence pour certaines mentions qui doivent figurer dans les contrats conclus à distance ; l'article L. 121-63 du Code de la consommation la rappelle en matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de contrats de produit de vacances à long terme, de contrats de revente et de contrats d'échange ; l'article L. 121-87 du Code de la consommation fait de même concernant l'offre de fourniture d'électricité ou de gaz.

265. Il en résulte d'abord que les clauses des contrats de consommation doivent être lisibles, c'est-à-dire que leur présentation matérielle doit permettre aux consommateurs d'en prendre effectivement connaissance. Certaines dispositions renforcent cette exigence de lisibilité[449]. Ainsi, l'article L. 112-4, alinéa 3, du Code des assurances imposent que les clauses qui limitent l'étendue de la garantie due au consommateur figurent en « caractères très apparents ». Il ne suffit pas que la clause soit lisible, elle doit en outre attirer l'attention du consommateur d'assurance en étant par exemple isolée des autres clauses. En matière de crédit, une taille minimale de caractère est imposée par les dispositions règlementaires, celle du corps de caractère huit[450]. Cette exigence est limitée au contrat de crédit mais les juridictions du fond se réfèrent fréquemment à la taille des caractères pour juger de la lisibilité de la clause[451]. D'autres éléments sont pris en considération par les

[449] Cette exigence existe parfois pour des stipulations qui figurent dans des contrats autres que les contrats de consommation. Ainsi, l'article 48 du nouveau Code de procédure civile, impose qu'une clause qui déroge aux règles de compétence territoriale, et qui n'est valable qu'entre commerçants, soient « spécifiée de façon très apparente ».

[450] Le corps huit correspond à cette taille de caractère pour le style Times New Roman. Avant la réforme de 2010, cette exigence était imposée par l'article R. 311-6 du Code de la consommation pour les contrats de crédit à la consommation. Depuis la réforme, elle figure à l'article R. 311-5 du Code de la consommation pour le contrat de crédit à la consommation, à l'article R. 311-5-1 pour le contrat de location avec option d'achat et à l'article R. 311-12 pour les opérations de découvert en compte.

[451] V. par exemple, CA Aix-en-Provence, 1ère ch. B, 26 mai 2005, RG n° 03/08153 ; Cerclab n° 725, JurisData n° 279542.

juges du fond pour caractériser une clause illisible comme l'espacement des caractères[452], la couleur d'impression[453], la pérennité de l'impression[454], *etc*.

266. Il ne suffit pas que les consommateurs puissent effectivement lire les stipulations des conditions des contrats de consommation. Il résulte également de l'article L. 133-2, alinéa 1er, du Code de la consommation, que les clauses doivent être compréhensibles, c'est-à-dire qu'elles doivent être rédigées de telle manière qu'un consommateur moyen comprenne le sens des stipulations contractuelles. Plusieurs dispositions renforcent cette exigence générale. Ainsi, la loi Toubon n° 94-664 du 4 août 1994 tend à assurer la sauvegarde de la langue française. De nombreuses dispositions reprennent l'exigence de l'emploi de la langue française dans les contrats de consommation. Par exemple, l'article R. 112-8 du Code de la consommation, impose l'emploi de la langue française en matière d'étiquetage alimentaire[455]. Cette exigence d'intelligibilité des conditions du contrat impose aux professionnels de rédiger des stipulations sans abréviations et de limiter l'utilisation de termes techniques qui sont difficilement accessibles pour un profane. L'absence d'intelligibilité de la loi peut également résulter de l'emploi de renvoi d'une clause à l'autre qui rend complexe la compréhension des conditions générales[456].

267. La rédaction de l'article L. 133-2 du Code de la consommation peut laisser penser que l'insertion de clauses illisibles ou incompréhensibles, en contradiction avec les dispositions de l'alinéa 1er, doit être sanctionné par une interprétation en faveur du consommateur, imposée par l'alinéa 2[457]. Pourtant, cette sanction n'est pas adaptée à la

[452] V. par exemple, CA Grenoble, 6 février 2004, RG n° 04/1141
[453] V. par exemple, CA Rouen, 7 novembre 2007, RG n° 06/2842b.
[454] TGI Grenoble, 4ème ch. civ., 29 janvier 2001, RG n° 1999/04303 ; Cerclab n° 3164.
[455] La conformité de ce type de disposition au droit communautaire a été contestée. La Cour de Justice des communautés européennes, dans un arrêt du 12 septembre 2000, a décidé que les dispositions communautaires « s'opposent à ce qu'une règlementation nationale impose l'utilisation d'une langue déterminée pour l'étiquetage des denrées alimentaires, sans retenir la possibilité qu'une autre langue facilement comprise par les acheteur soit utilisée ou que l'information de l'acheteur soit assurée par d'autres mesures » (CJCE, 12 septembre 2000, Aff. Geoffroy et Casino France SNC n° C-366/98). L'article R. 112-8 du Code de la consommation a alors été complété par le décret n° 2002-1025 du 1er août 2005 qui a introduit son alinéa 2 : « Les mentions d'étiquetage prévues par le présent chapitre peuvent figurer en outre dans une ou plusieurs autres langues ». Sur cette question v. L. BERNARDEAU, « Etiquetage et langue française, les enseignements de l'arrêt Casino », *CCC*, 2001, chron. n° 10 ; H. CLARET, « La loi Toubon de 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ? », *CCC*, 2001, chron. n° 8.
[456] C'est ce que sous-entend un avis de la commission des clauses abusives. CCA, 21 juin 2007, avis n° 07-02 relatif à un contrat de téléphonie mobile.
[457] Sur l'interprétation en faveur du consommateur ou du non-professionnel imposée par les dispositions de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation v. *infra* nos 286 et s.

sanction d'une irrégularité formelle parce que l'illisibilité ou le caractère incompréhensible de la clause pour le consommateur moyen n'induit pas nécessairement qu'elle est ambigüe, et qu'une interprétation soit souhaitable ni même possible[458]. Il semble alors que le législateur n'a pas prévu de sanction généralement applicable lorsque les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels méconnaissent les exigences de lisibilité et d'intelligibilité imposées par l'article L. 133-1, alinéa 1er, du Code de la consommation. Ponctuellement, une sanction spécialement édictée par des dispositions consuméristes existe. Ainsi, en matière de crédits encadrés par les dispositions du Code de la consommation, la rédaction des clauses du contrat dans un corps de caractère inférieur au corps huit constitue une irrégularité formelle qui est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts[459]. En matière de contrats d'utilisation de biens à temps partagé, de contrats de produit de vacances à long terme, de contrats de revente et de contrats d'échange, l'insertion de clauses illisibles ou incompréhensibles est sanctionnée, selon les dispositions de l'article L. 121-79-5 du Code de la consommation, par la nullité du contrat. Cette sanction est peu adaptée au préjudice subi par le consommateur. La présence de clauses illisibles ou incompréhensibles n'affectent pas, dans la majorité des hypothèses, l'utilité que procure le contrat au consommateur. La nullité de l'entier contrat paraît alors excessive[460].

268. En l'absence de disposition générale édictant la sanction des clauses illisibles ou incompréhensibles, deux courants existent en jurisprudence. Un premier courant se réfère à la conception classique du mode de formation des contrats reposant sur l'accord des volontés des parties. Le caractère illisible ou incompréhensible s'oppose à la connaissance ou à la compréhension des stipulations par le consommateur. La clause n'est donc pas acceptée par le consommateur. Elle ne fait pas partie du contrat de consommation. En conséquence, elle est « inopposable » au consommateur[461]. Cette solution s'inscrit dans la même ligne que les décisions qui dénient une quelconque valeur contractuelle aux conditions générales auxquelles le consommateur n'a pas adhéré en se fondant sur l'absence de rencontre des volontés. Elle avait d'ailleurs déjà été admise

[458] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC*, 2008, n° 6, Etude n° 7, n° 14.
[459] Sur cette sanction v. *infra* nos 420 et s.
[460] V. *supra* nos 93.
[461] V. par exemple, CA Paris, pôle 4 ch. 9, 4 février 2010, RG n° 08/04267 ; Cerclab n° 2480.

avant l'adoption de ce texte[462]. Il en résulte que deux conditions seraient alors nécessaires pour qu'une clause ait une valeur contractuelle et fasse partie d'un contrat de consommation. Il faut une adhésion valable aux conditions générales. Il faut en outre que chaque clause des conditions générales soit présentée et rédigée de telle manière que la réelle acceptation du consommateur soit possible. Selon un deuxième courant jurisprudentiel, les clauses illisibles ou incompréhensibles sont qualifiées d'abusives[463]. En conséquence, elles sont réputées non écrites. Les deux sanctions appliquées par la jurisprudence entraînent les mêmes effets, l'inapplication de la clause litigieuse.

2. Les clauses contraires à une disposition impérative encadrant le contenu du contrat

269. L'approche actuelle de l'encadrement des contrats est éloignée de celle prévalant à l'époque de l'adoption du Code civil, lorsque la volonté était considérée comme toute puissante. Même s'il n'existe pas de principe général garantissant l'équilibre des conventions, la lutte contre les déséquilibres au sein des contrats est devenue une préoccupation du législateur. Il a choisi d'intervenir en règlementant, par des dispositions impératives, le contenu de certains contrats. Le contrat est prérédigé, en totalité ou en partie, mais il est prérédigé par le législateur dans l'objectif d'assurer l'équilibre des droits et des obligations des parties[464]. Cette méthode d'encadrement des contrats est d'abord apparue dans le domaine du contrat de travail, puis dans le domaine des contrats de baux immobiliers. Les clauses qui sont contraires à ces dispositions sont illicites. L'idée a été développée par certains de déterminer le contenu des contrats de consommation par des conventions conclues entre les organisations professionnelles et les associations de consommateurs sur le modèle des conventions collectives en droit du travail[465]. Cependant, les accords collectifs sont rares et ils n'ont pas de valeur contraignante pour les professionnels qui sont membres d'une organisation professionnelle qui les a signées. L'insertion de clauses contraires à ces accords est donc licite et n'est pas sanctionnée en tant que telle.

[462] G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 99, n° 39.
[463] Sur le caractère abusif des clauses illisibles ou incompréhensibles v. *supra* nos 242 à 244
[464] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit*., n° 194.
[465] L. BIHL, « Vers un droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 13-14 septembre 1974 ; J. CALAIS-AULOY (dir.), *Propositions pour un Code de la consommation.* Paris : La documentation française, 1990, art. 10 et s.

270. Les sources des dispositions permettant de règlementer le contenu du contrat de consommation sont variées. Ces dispositions ne sont pas toutes spécialement consuméristes. Ainsi, certaines dispositions, antérieures à la prise en considération des intérêts des consommateurs, trouvent à s'appliquer dans les contrats de consommation. Par exemple, selon l'article 1174 du Code civil, les conditions potestatives de la part de celui qui s'oblige, qui font dépendre une obligation ou son étendue à un évènement dont le débiteur a la maîtrise, sont nulles. De même, l'article 48 du Code de procédure civile prohibe les clauses qui dérogent aux règles de compétence territoriale dans les contrats, à l'exception de celles insérées dans les contrats conclus entre commerçants. Par ailleurs, de nombreuses dispositions spécialement édictées dans l'intérêt des consommateurs tendent à réglementer le contenu des contrats de consommation pour en assurer l'équilibre global. De nombreuses dispositions s'intéressent plus particulièrement à la définition des droits et obligations accessoires des parties aux contrats de consommation. Certaines dispositions accordent des droits aux consommateurs comme une faculté de rétractation, une faculté de résiliation du contrat. D'autres clauses précisent les modalités d'exécution de la prestation des professionnels. Les clauses qui entrent en contradiction avec les droits accordés aux consommateurs par les dispositions consuméristes sont illicites en raison de leur contrariété à des dispositions d'ordre public. Par exemple, les clauses qui dispensent le professionnel d'informer le consommateur avant la reconduction du contrat dans les conditions imposées par l'article L. 136-1 du Code de la consommation sont illicites parce qu'elles privent le consommateur d'un droit à l'information qui lui est accordé par la loi. De même, la clause qui impose à l'emprunteur le respect d'un préavis pour procéder au remboursement anticipé d'un crédit à la consommation est illicite parce qu'elle ajoute une condition qui n'est pas prévue par la loi[466]. Il a été montré que l'illicéité d'une clause pouvait conduire à la qualifier d'abusive[467]. A l'inverse, certaines clauses abusives, celles qui sont définies par l'article R. 132-1 du Code de la consommation sont également illicites. En effet, selon les termes de la disposition réglementaire, ces clauses sont abusives et « dès lors interdites » dans les contrats conclus entre professionnel et consommateurs ou non-professionnels.

[466] Civ. 1ère, 5 février 2009, pourvoi n° 06-16.349, Inédit.
[467] V. *supra* n° 245.

271. Il n'est pas question ici de dresser un tableau de l'ensemble des dispositions encadrant le contenu des contrats de consommation mais de déterminer quelles sont les sanctions applicables lorsque les professionnels insèrent des clauses illicites dans les contrats de consommation parce qu'elles contredisent la protection accordée par les dispositions consuméristes. Le législateur n'a prévu de sanction générale de l'insertion d'une clause illicite dans les contrats de consommation que lorsqu'elle est relevée par une association de consommateur qui exerce une action en cessation : la suppression de la clause dans les modèles de contrat à venir. En revanche, il n'existe pas de régime général de la sanction des clauses illicites dans les contrats de consommation. Certaines dispositions précisent, sectoriellement, la sanction de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation. Parfois, la nullité du contrat est prévue. D'autres fois, la sanction prévue a pour effet de ne supprimer que la clause illicite. La terminologie employée par le législateur n'est pas uniforme. Dans certains cas, la clause est nulle, dans d'autres cas, elle doit être réputée non écrite. Cette diversité est plus apparente que réelle. La jurisprudence tend à assimiler la clause réputée non écrite et la clause nulle[468]. Par ailleurs, le choix de la nullité totale ou de la nullité partielle du contrat n'est pas toujours suivi par la jurisprudence. En l'absence de sanction spécialement édictée par les dispositions consuméristes, la nullité, qui sanctionne les défauts de validité, semble s'imposer. Finalement, la nullité de la seule clause illicite s'impose comme sanction de sa contrariété à une disposition impérative réglementant le contenu du contrat. Les effets de cette sanction sont alors similaires à ceux de la clause réputée non écrite. Ils sont très divers et dépendent étroitement de la clause annulée[469]. Le litige entre le consommateur et le professionnel qui dépendait de l'application de la clause annulée sera résolu en application des dispositions impératives violées.

272. En matière de crédit, la sanction de l'insertion de clauses illicites est parfois sanctionnée par une autre sanction, la déchéance du droit aux intérêts[470]. La sanction est prévue à l'article L. 311-48 du Code de la consommation pour le crédit à la consommation et à l'article L. 312-33 du Code de la consommation pour le crédit

[468] V. *supra* n° 252.
[469] V. *supra* n^{os} 256 à 262.
[470] L'étude détaillée de cette sanction, dont l'aspect dissuasif domine largement sur l'aspect réparateur n'a pas sa place dans cette partie de la thèse. Pour l'analyse détaillée de la déchéance du droit aux intérêts v. *infra* n^{os} 420 et s.

immobilier. Cette sanction est une sanction spéciale qui même au sein des contrats de crédit ne sanctionne pas l'insertion de toute clause contraire aux dispositions encadrant le contenu de ce contrat mais seulement de celles qui sont visées par les articles précités. Cette sanction est particulière parce qu'elle n'a pas pour fonction principale la réparation du dommage causé par l'insertion d'une clause illicite mais elle exerce des fonctions principalement répressives. A ce titre, elle peut être qualifiée de peine privée[471]. Son articulation avec les autres sanctions des illicéités des clauses insérées dans les contrats de consommation, et notamment avec la sanction des clauses abusives, soulèvent des interrogations qui peuvent être résolues en précisant le traitement des concours de sanctions.

§2. Le traitement des hypothèses de concours de sanctions

273. Dans l'objectif d'assurer l'équilibre des conditions accessoires du contrat de consommation, les exigences légales et réglementaires relatives aux clauses des contrats de consommation sont diverses. Certaines sont formelles : les clauses doivent être claires et compréhensibles. D'autres sont substantielles : les clauses doivent être conformes aux dispositions impératives réglementant le contenu du contrat, d'une part, et être non abusives, d'autre part. La diversité de ces exigences favorise l'existence de clauses qui cumulent les illicéités. Ainsi, il est aisé d'imaginer des clauses qui formellement sont illicites en raison de leur présentation, et qui substantiellement sont illicites en raison de leur contrariété à une disposition impérative ou en raison de leur caractère abusif. En outre, la reconnaissance par la jurisprudence du caractère abusif d'une clause illicite en raison du déséquilibre dans l'information que crée son insertion dans un contrat de consommation favorise le cumul des illicéités[472]. La différenciation des sanctions applicables en fonction de l'illicéité constatée entraîne alors des difficultés quant à la possibilité pour le consommateur de les invoquer toutes et quant au choix de la sanction par le juge. La difficulté est amplifiée lorsque l'application de sanctions de droit commun, telles que la nullité du contrat pour vice du consentement ou la réduction d'une clause pénale manifestement excessive, est également envisageable. Dès lors, il apparaît

[471] V. *infra* n^os^ 435 et s.
[472] V. *supra* n^os^ 240 à 246.

nécessaire de préciser *l'articulation des sanctions des clauses illicites dans les contrats de consommation (A)*. Par ailleurs, un problème voisin doit être étudié ici : *l'articulation des sanctions avec l'interprétation des contrats de consommation (B)*. En effet, si l'interprétation n'est pas, *stricto sensu*, une sanction mais un mode de détermination du contenu contractuel, elle tend à réaliser le même objectif que les sanctions de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation : rétablir l'équilibre du contrat de consommation, et sa mise en œuvre perturbe l'application des sanctions de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation.

A. L'articulation des sanctions des clauses illicites dans les contrats de consommation

274. A la réflexion, l'articulation des sanctions de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation soulève deux problèmes distincts. Premièrement, la variété des illicéités qui peuvent affecter cumulativement une seule et même clause, et par conséquent, la variété des fondements qui peuvent être invoqués par le consommateur, impose de s'interroger sur *le cumul des fondements (1)*. Deuxièmement, si la possibilité pour le consommateur d'invoquer cumulativement plusieurs illicéités affectant une même clause est retenue, la variété des sanctions applicables impose de s'interroger sur *le cumul des sanctions (2).*

1. Le cumul des fondements

275. La question est de savoir si, lorsqu'une même clause présente plusieurs illicéités, le consommateur peut se prévaloir de chacune d'elle pour appuyer sa demande, ou s'il ne peut en invoquer qu'une seule. Les rares décisions en la matière concernent, pour l'essentiel, l'articulation de la déchéance du droit aux intérêts avec les autres sanctions des illicéités des clauses des contrats de crédit. Une lecture hâtive de certaines décisions peut laisser penser qu'en général, le consommateur ne peut pas invoquer cumulativement plusieurs illicéités.

276. Ainsi, un arrêt rendu le 23 novembre 2004 par la première Chambre civile de la Cour de cassation a pu être interprété comme retenant une application alternative de la déchéance du droit aux intérêts et de la législation des clauses abusives : soit l'illicéité affectant la clause était principalement une irrégularité formelle et seule la déchéance du

droit aux intérêts peut être invoquée, soit l'illicéité résulte avant tout d'un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties, et seule la sanction des clauses abusives peut être invoquée[473]. L'arrêt précise en effet : « l'offre préalable était entachée d'irrégularités qui, seules, appelaient la sanction de la déchéance du droit aux intérêts, laquelle, au demeurant, n'a pas vocation à recevoir application à l'égard des clauses abusives, qui ne peuvent qu'être réputées non écrites » [474]. Une analyse plus nuancée s'impose pourtant. En l'espèce, le crédit souscrit par l'emprunteur était un crédit renouvelable d'un an, reconductible tous les ans. La clause litigieuse aggravait la situation de l'emprunteur au moment du renouvellement du contrat par rapport aux dispositions de l'article L. 311-9 du Code de la consommation alors en vigueur. A la suite de plusieurs incidents de paiement, le prêteur avait intenté une action en remboursement des sommes prêtées. En défense, l'emprunteur avait invoqué la déchéance du droit aux intérêts en raison de l'irrégularité formelle de l'offre préalable de crédit découlant de l'insertion de la clause litigieuse. Cependant, son action se heurtait à un obstacle majeur : la forclusion de son action en déchéance du droit aux intérêts à l'issu d'un délai de deux ans à compter de la formation du contrat qui était applicable avant la réforme opérée par la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001. La décision de la Cour d'appel, s'inscrivant dans un courant de résistance des juges du fond à l'application stricte de la forclusion de l'action de l'emprunteur, a alors pour objet principal de la contourner en proposant un raisonnement original. Elle constate d'abord que la clause litigieuse, outre qu'elle affecte l'offre préalable de crédit d'une irrégularité formelle sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts, est abusive. Ensuite, elle en tire la conclusion que, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, devenues depuis la Cour de justice de l'Union européenne, il n'est pas possible d'interdire de relever le caractère abusif d'une clause à l'issue d'un bref délai de forclusion[475]. Elle se fonde alors sur le caractère abusif de la clause litigieuse pour écarter le délai de forclusion et sanctionner l'insertion de cette clause abusive par la déchéance du droit aux intérêts. La

[473] X. LAGARDE, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.* 2005, p. 2222.
[474] Civ. 1ère, 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.411 ; *Bull. civ. I*, n° 287 ; *CCC*, 2005, n° 2, p. 23, note G. RAYMOND ; *D.*, 2005, p. 443, note J.-PH. TRICOIT ; *Gaz. Pal.*, 2005, p. 33, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD com.*, 2005, p. 157, note D. LEGEAIS.
[475] CJCE, 21 novembre 2002, aff. n° C-473/00, Cofidis SA contre Jean-Louis Fredout ; *CCC*, 2003, p. 29, comm. G. RAYMOND ; *D.*, 2003, p. 486, note C. NOURISSAT ; *JCP G.*, 2003, note G. PAISANT ; *RTD com.*, p. 410, obs. M. LUBY.

cassation pour violation de l'article L. 311-37, alinéa 1er, du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à celle issue de la loi du 11 décembre 2001, et de l'article L. 132-1, alinéa 6, du même Code, était inévitable. Cette décision, loin d'interdire d'invoquer concurremment l'irrégularité formelle de la clause qui fonde la déchéance du droit aux intérêts et le caractère abusif de la clause qui fonde son éradication du contrat, précise simplement une évidence : il ne peut y avoir de confusion des fondements et des régimes de chaque action, le régime de la sanction des clauses abusives ne s'applique pas à la déchéance du droit aux intérêts. Dès lors, le caractère abusif d'une clause dont l'insertion affecte l'offre préalable de crédit d'une irrégularité formelle ne permet pas d'appliquer le délai de prescription pour invoquer le caractère pour échapper à la forclusion de l'action en déchéance du droit aux intérêts et inversement. Cette solution n'exclut en rien le cumul des fondements. Il semble dès lors possible d'invoquer cumulativement l'irrégularité formelle découlant de l'insertion d'une clause abusive dans le contrat de crédit qui fonde une demande en déchéance du droit aux intérêts et le caractère abusif de la clause qui fonde une action en éradication de la clause.

277. La question du cumul de la nullité du contrat de crédit avec la déchéance du droit aux intérêts a donné lieu à un contentieux plus fourni[476]. Ainsi, après avoir admis dans un premier temps la possibilité d'invoquer, en raison d'une irrégularité de l'offre préalable de crédit, la déchéance du droit aux intérêts et la nullité du contrat de crédit[477], la Cour de cassation considère désormais que ce cumul de fondements est exclu. Les termes employés par la Cour de cassation sont clairs : « la seule sanction civile de l'inobservation des exigences prévues par [l'article L. 312-8 du Code de la consommation] est la perte, en totalité ou en partie, du droit aux intérêts, dans la proportion fixée par le juge »[478] . La généralité de la formule semble, en outre, exclure tout cumul avec la déchéance du droit aux intérêts. Là encore, le problème se situe plutôt au niveau de la confusion des fondements des sanctions plutôt qu'au niveau du cumul des fondements invoqués. Lorsqu'une sanction est spécialement prévue par un texte, en l'occurrence la déchéance du droit aux intérêts, la violation des dispositions ainsi

[476] Pour de plus amples développements sur cette question v. *supra* n° 78.
[477] Civ. 1ère, 3 mars 1993, pourvoi n° 91-10.873 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 94, obs. G. POISSONNIER – Civ. 1ère, 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-19.187 ; *Bull. civ. I*, n° 262 ; *JGP N*, 1995, p. 1559, note A. GOURIO. – Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-17.761 ; *Bull. civ. I*, n° 84.
[478] Civ. 1ère, 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-14.949 ; *Bull. Civ. I*, n° 321.

sanctionnées ne peuvent pas, à elles seules, fonder l'application d'une autre sanction, en l'occurrence la nullité du contrat.

278. En conséquence, le cumul des fondements invoqués par les consommateurs pour contester la licéité d'une clause d'un contrat peut être admis. Pour cela, il faut, premièrement, que les sanctions reposent sur des fondements distincts. L'inobservation d'une seule et même disposition ou d'un seul et même principe ne permet pas d'invoquer des sanctions distinctes. Ainsi, la nullité du contrat de crédit ne peut pas se fonder sur la seule inobservation de dispositions expressément sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts. A l'inverse, il est difficile d'imaginer que la nullité du contrat de crédit ne puisse pas être invoquée lorsqu'elle repose sur un autre fondement comme l'illicéité de la cause ou un vice du consentement. Il faut, deuxièmement, que les conditions de chaque sanction soient réunies. Il n'y a pas de confusion des fondements ou des régimes des sanctions possible. Ainsi, le caractère abusif d'une clause ne permet pas de contourner l'application du régime de la déchéance du droit aux intérêts, et notamment le délai de forclusion de l'action de l'emprunteur sous l'empire de la législation antérieure à 2001. Il ne permet pas non plus d'invoquer cette sanction si les conditions de son application ne sont pas réunies par ailleurs.

279. Au regard de ces conditions, la possibilité d'invoquer cumulativement plusieurs illicéités affectant une seule et même clause n'est pas théorique. Il est fréquent qu'une clause soit affectée à la fois par une irrégularité formelle et par une illicéité substantielle. Par exemple, pour les clauses insérées dans les contrats de crédit, la possibilité d'invoquer cumulativement la déchéance du droit aux intérêts et la sanction des clauses abusives existe lorsque l'insertion d'une clause abusive dans le contrat de crédit provoque une irrégularité formelle sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêt, c'est-à-dire, lorsqu'elle « entre[…] dans le champ d'application des dispositions impératives » et « aggrave[…] la situation de l'emprunteur, et en particulier sa situation financière »[479]. De même, l'insertion d'une clause pénale abusive, sanctionnée sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation se cumule, la plupart du temps, avec l'existence d'une clause pénale manifestement excessive, sanctionnée sur le fondement de

[479] J.-PH. TRICOT, « Sanction des clauses abusives en droit de la consommation : déchéance du droit aux intérêts ou clause réputée non écrite ? », *D.* 2005, p. 443.

l'article 1152 du Code civil[480]. Les nombreuses possibilités de cumul de fondement imposent de préciser leur conséquence sur le choix des sanctions des illicéités affectant les clauses des contrats de consommation.

2. Le cumul des sanctions

280. La possibilité théorique et pratique d'invoquer plusieurs illicéités d'une même clause soulève différentes difficultés. Ainsi, lorsque les illicéités sont invoquées alternativement par le consommateur, l'une à titre principal, l'autre à titre subsidiaire, le problème est de savoir, si le consommateur est libre ou non, de l'ordre de ses demandes. Plusieurs critères permettraient d'établir un ordre des sanctions. La logique imposerait d'étudier l' « inopposabilité » de la clause au consommateur en raison de son caractère illisible ou incompréhensible avant d'apprécier sa validité au regard des dispositions impératives réglementant le contenu du contrat et avant d'apprécier son caractère abusif. Enfin, l'efficacité de la clause pourrait être examinée. L'articulation du droit spécial et du droit commun des contrats imposerait par ailleurs d'examiner l'application des sanctions qui résultent de dispositions spécialement consuméristes avant celle de sanctions issues du droit commun.

281. Les solutions jurisprudentielles ne paraissent rien imposer en ce sens. Cela explique que, lorsqu'une clause illisible ou incompréhensible est également abusive, les décisions sont partagées entre l'inopposabilité fondée sur l'absence d'acceptation de la clause par le consommateur et la sanction des clauses abusives fondée sur l'article L. 132-1 du Code de la consommation alors, qu'en toute rigueur, la question de la valeur contractuelle de la clause devrait être envisagée avant celle de sa validité. De même, la question de l'efficacité des clauses élusives ou limitatives de responsabilité est parfois étudiée[481]. Elles sont écartées par les magistrats, sur le fondement du droit commun, parce que l'inexécution du contrat est la conséquence d'une faute lourde ou d'une faute

[480] G. PAISANT, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 223.

[481] La question de l'efficacité de la clause se pose essentiellement pour les clauses limitatives ou élusives de responsabilité qui, lorsqu'elles sont valables, ne sont pas efficaces quand l'inexécution du contrat résulte d'une faute lourde ou non-intentionnelle. Mais dans les contrats de consommation, ces clauses sont irréfragablement abusives et doivent être réputées non écrites. N'étant pas valable, l'efficacité ne devrait pas être examinée. Toutefois, la question de l'efficacité de la clause est parfois examinée avant son caractère abusif : Civ. 1ère, 5 avril 2012, pourvoi n° 10-27.531 , Inédit.

dolosive du professionnel. Mais, dans les contrats de consommation, ces clauses sont abusives et ne sont pas valables. Alors, la question de l'efficacité de ces clauses, qui présuppose leur validité, ne devrait, en théorie, jamais être appréciée. L'absence d'ordre imposé, dans lequel le consommateur doit invoquer les différentes illicéités d'une clause s'explique par des considérations pratiques. Les sanctions, si elles sont parfois différentes, produisent sensiblement les mêmes effets : écarter l'application de la clause litigieuse.

282. La question de l'ordre des sanctions a toutefois un intérêt pratique très important et mérite d'être posée lorsque les effets des sanctions qui sont susceptibles d'être invoquées sont différents. C'est le cas, notamment, de l'éradication d'une clause abusive et de la nullité du contrat fondée sur le dol en raison de la tromperie qui a pu être induite par l'insertion de la clause litigieuse. C'est le cas également de l'éradication d'une clause pénale abusive sur le fondement de l'article L. 132-1 du Code de la consommation et de la réduction d'une clause pénale manifestement excessive sur le fondement de l'article 1152, alinéa 2, du Code civil[482]. Deux arguments laissent penser que le caractère abusif de la clause doit être apprécié avant son caractère manifestement excessif. L'article L. 132-1 du Code de la consommation a un champ d'application spécial par rapport à l'article 1152, alinéa 2, du Code civil. Tandis que le premier texte n'est applicable qu'aux contrats conclus entre professionnels et consommateurs ou non-professionnels, le second est applicable à tous les contrats. L'application du principe *specialia generalibus derogant* tend alors à retenir cet ordre d'appréciation[483]. Mais surtout, le contrôle du caractère abusif de la clause pénale est un contrôle de validité. L'appréciation du déséquilibre significatif, qui conditionne la reconnaissance du caractère abusif de la clause, se réalise alors en se référant au moment de la conclusion du contrat. Le contrôle de l'excès manifeste, qui conditionne la réduction de la clause pénale, se réalise, quant à lui, au moment de l'exécution du contrat au regard du préjudice réellement subi par le professionnel. L'appréciation du caractère abusif de la clause pénale précèderait alors celui de son excès manifeste.

[482] G. PAISANT, « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 223.

[483] L'argument pourrait être retourné en affirmant qu'au sein des contrats de consommation, l'article L. 132-1 du Code de la consommation est général parce qu'il a vocation à s'appliquer à toutes les clauses, tandis que l'article 1152 alinéa 2, du Code civil est spécial parce qu'il n'est applicable qu'aux clauses pénales.

283. Toutefois, il n'existe pas de courant jurisprudentiel significatif en la matière qui permettrait de déterminer s'il existe un ordre dans lequel les différentes illicéités des clauses insérées dans les contrats de consommation et leurs sanctions doivent être invoquées par le consommateur et appréciées par le juge[484]. Il semblerait pertinent de ne pas enfermer les consommateurs dans un schéma imposé et de les laisser le soin de choisir l'illicéité, et par conséquent, la sanction qu'ils invoquent à titre principal. Cette solution favoriserait l'efficacité réparatrice de la sanction, le consommateur choisissant celle qui lui paraît plus adaptée à réparer le préjudice. Ainsi, entre l'éradication d'une clause abusive en raison du déséquilibre significatif que son insertion crée entre les droits et les obligations des parties et la nullité du contrat fondée sur le dol et le caractère déterminant de l'erreur provoquée par l'insertion de cette clause, le consommateur est le mieux placé pour savoir si l'existence du contrat ou son injustice lui préjudicie le plus et quelle sanction il est préférable d'invoquer en premier lieu.

284. Un second problème soulevé par la possibilité d'invoquer cumulativement plusieurs illicéités consiste à savoir si le consommateur peut, en conséquence, demander l'application des sanctions des différentes illicéités. L'application cumulative des différentes sanctions n'est pas toujours envisageable en pratique. Leurs effets respectifs en font, sans contexte, des sanctions alternatives. En effet, aucun intérêt existe à voir prononcer l'éradication d'une clause d'un contrat nul, la nullité d'une clause qui n'a pas de valeur contractuelle ou encore l'inefficacité d'une clause réputée non écrite. Lorsque la question se pose, elle doit être résolue en se référant à la finalité des sanctions prononcées. Ainsi, si l'application d'une sanction ne suffit pas à réparer l'entier préjudice subi par le consommateur, il est possible d'y ajouter une autre sanction, comme l'allocation de dommages et intérêts sur le fondement de la responsabilité civile délictuelle ou contractuelle en fonction des hypothèses. La question est un peu différente lorsque la déchéance du droit aux intérêts peut être prononcée. Cette sanction a une fonction essentiellement comminatoire. Elle tend à dissuader les professionnels du crédit de violer les dispositions protectrices des intérêts de l'emprunteur plus qu'elle ne répare

[484] Le problème n'est pas limité aux sanctions de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation. Il n'existe pas de principe général dégagé par la jurisprudence permettant de résoudre les problèmes de concours de sanctions. V. Ch. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : LGDJ, 2009, *passim.*

un éventuel préjudice subi par le consommateur. Il est donc opportun d'admettre que la déchéance du droit aux intérêts peut se cumuler avec d'autres sanctions civiles, à finalité réparatrice, telle que l'éradication d'une clause abusive[485].

B. L'articulation des sanctions des clauses illicites avec l'interprétation des contrats de consommation

285. L'interprétation des contrats de consommation est soumise à un régime spécial dérogatoire du droit commun des contrats : *l'interprétation en faveur du consommateur (1).* Ce mode spécifique d'interprétation doit être précisé avant d'envisager *l'articulation de l'interprétation* in favorem *avec les sanctions des autres illicéités (2).*

1. L'interprétation en faveur du consommateur

286. Comprise dans son acception la plus large, l'interprétation des contrats est une opération intellectuelle qui consiste à déterminer le contenu d'un contrat en précisant le sens de stipulations voulues par les parties, et en corrigeant les défauts ou en comblant les lacunes contenus dans le contrat[486]. Il est désormais courant de distinguer deux méthodes d'interprétation du contrat. La première méthode, qualifiée de méthode d'interprétation subjective, consiste à interpréter le contrat au regard de la commune intention des parties. La seconde méthode, qualifiée de méthode objective, consiste à déterminer le contenu du contrat au regard de critères indépendants de la volonté des parties tel que les usages, l'équité, l'efficacité du contrat. Même si, lors de l'adoption du Code civil, la volonté apparaissait comme l'unique fondement du contrat, les dispositions relatives à l'interprétation des contrats traduisent cette dualité[487]. Ainsi, l'article 1156 du Code civil, qualifié par Demolombe de « règle des règles », dispose : « on doit dans les conventions rechercher quelle a été la commune intention des parties contractantes, plutôt que de s'arrêter au sens littéral des termes ». Cette disposition a une importance fondamentale. Seule cette disposition, parmi les articles 1156 à 1164 du Code civil relatif à

[485] Pour une illustration de ce cumul possible, voir les développements consacrés à la sanction de la clause de double montant insérée dans les contrats de crédits renouvelables *infra* n^{os} 438 à 448.
[486] J. GHESTIN, Ch. JAMIN et M. BILLIAU, *Traité de droit civil : Les effets du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 2001, n° 9.
[487] J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil », *in Etudes offertes à Jacques Flour*. Paris : Defrénois, 1979, p. 179.

l'interprétation des contrats, a une réelle valeur normative. Les juges du fond doivent, dans leur décision, faire expressément référence à la commune intention des parties sous peine de cassation. Les articles suivants l'article 1156 du Code civil sont simplement indicatifs. Ils servent de guide dans l'interprétation des contrats. Si l'interprétation subjective du contrat prédomine, l'interprétation objective, qui consiste à déterminer le contenu du contrat en se référant à des critères étrangers à la volonté des parties n'est pas absente du Code civil. Les directives d'interprétation objectives ne sont pas nouvelles. En effet plusieurs dispositions du Code civil commandent, lorsque la recherche d'une commune intention des parties n'est pas possible, de se référer à des méthodes objectives d'interprétation. Ainsi, l'article 1157 du Code civil préconise une interprétation efficace du contrat, les articles 1158 et 1159 incitent à se référer au sens de la matière et aux usages. Enfin, l'article 1162 recommande d'interpréter le contrat contre celui qui a stipulé. Par ailleurs, l'article 1135 du Code civil, longtemps laissé de côté et qui fait désormais l'objet de nombreuses études[488] est regardé comme un moyen de déterminer le contenu du de manière objective, en référence à l'équité, l'usage ou la loi.

287. Les règles d'interprétation des contrats de consommation rompent avec les directives d'interprétation des contrats issues du Code civil qui imposent de se référer à la commune intention des parties. En effet, l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation dispose que les clauses des contrats proposés par les professionnels aux consommateurs ou aux non-professionnels « s'interprètent en cas de doute dans le sens le plus favorable au consommateur ou au non-professionnel ». Cette disposition, dérogatoire du droit commun, est limitée aux contrats de consommation[489]. Elle s'apparente pourtant à plusieurs dispositions du Code civil. Elle se rapproche de l'article 1602 du Code civil, alinéa 2, qui dispose que dans le contrat de vente, « tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur ». La proximité de ces deux dispositions est importante. D'abord, en matière de vente, dans un contrat de consommation, le professionnel est souvent le vendeur. S'il y a une ambigüité dans le contrat, elle s'interprétera en faveur du consommateur, quelle que soit la disposition appliquée. Mais surtout, ce sont les mêmes considérations qui fondent ces règles spéciales d'interprétation. L'idée est qu'une des

[488] Ph. JACQUES, *Regards sur l'article 1135 du Code civil.* Paris : Dalloz, 2005 ; C. MOULY-GUILLEMAUD, *Retour sur l'article 1135 du Code civil : Une nouvelle source du contenu contractuel.* Paris : LGDJ, 2006.
[489] Civ. 2ème, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-16.417, Inédit.

parties propose le contrat. En formulant l'offre, elle a la maîtrise des termes du contrat, qui peuvent être, plus ou moins imposé en fonction des forces en présences. En outre, le professionnel ou le vendeur connaît la prestation qu'il propose. C'est alors à lui d'assumer les risques d'ambiguïté dans la rédaction du contrat. En ces hypothèses, la notion d'interprétation s'écarte de la compréhension classique de l'interprétation. « Elle est conçue à l'origine comme un contrôle neutre à l'égard de parties d'égales puissance ne s'étant pas correctement expliquées et auprès de qui le juge intervient pour réintégrer la commune intention »[490]. Lorsque l'interprétation doit se faire objectivement en faveur d'une partie au contrat, elle prend une coloration sanctionnatrice. Finalement, cette disposition vise à corriger les abus des professionnels qui font figurer ou maintiennent plus ou moins intentionnellement, dans les contrats qu'ils proposent aux consommateurs ou aux non-professionnels, des clauses obscures ou ambigües afin de bénéficier au moment de l'exécution du contrat, d'une marge de manœuvre concernant l'interprétation de la clause[491].

288. Plus généralement, l'article 1162 du Code civil préconise qu'en cas de doute « la convention s'interprète contre celui qui a stipulé et en faveur de celui qui a contracté l'obligation ». Dans un premier temps, les dispositions de l'article 1162 du Code civil étaient interprétées comme préconisant une interprétation en faveur du débiteur, celui qui doit exécuter l'obligation[492]. Dans les contrats de consommation, cette interprétation était souvent défavorable au consommateur puisque le professionnel est généralement le débiteur de l'obligation caractéristique du contrat[493]. Mais la compréhension de cet article a évolué. Désormais, il est compris comme incitant à retenir une interprétation en défaveur du rédacteur de l'acte, ou plus généralement en défaveur de celui qui a proposé le contrat[494]. Appliquée aux contrats de consommation, rédigés par les professionnels, cette directive d'interprétation implique d'interpréter le contrat en faveur du

[490] J. ROCHFELD, « Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004
[491] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 172. Les auteurs relèvent que cette idée est ancienne. Ils citent Domat : « Si l'obscurité, l'ambigüité, ou tout autre vice d'une expression est un effet de la mauvaise foi ou de la faute de celui qui doit expliquer son intention, l'interprétation s'en fait contrat lui, parce qu'il a dû faire entendre nettement ce qu'il entendait ».
[492] J. DUPICHOT, « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil », *in Etudes offertes à Jacques Flour*. Paris : Defrénois, 1979, p. 179, n° 22.
[493] V. les références citées par J. ROCHFELD, art. préc., p. 981.
[494] G. BERLIOZ, *Le Contrat d'adhésion*. Paris : LGDJ, 1976, n^{os} 42 et s. ; J. DUPICHOT, art. préc., n° 22.

consommateur. L'article L. 133-2, alinéa 2, ne fait cependant pas double emploi avec l'article 1162 du Code civil. D'abord, il est applicable même lorsque le contrat n'a pas été rédigé par le professionnel. Le professionnel ne peut alors pas arguer que le contrat a été rédigé par un tiers pour échapper à l'interprétation des ambiguïtés du contrat en faveur du consommateur. Ensuite et surtout, l'intérêt de cette disposition réside dans sa portée normative. Tandis que l'article 1162 du Code civil n'est pas impératif, l'article L. 133-2 du Code de la consommation s'impose aux juges. Dans un premier temps la portée normative de l'article L. 133-2, alinéa 2 du Code de la consommation été discutée. Comme les dispositions du Code civil relatives à l'interprétation du contrat ne sont pas contraignantes, certains ont soutenu que la règle d'interprétation en faveur du consommateur n'avait qu'une valeur de conseil et ne permettait pas de fonder une cassation pour violation de la loi. La disposition de l'article L. 133-2 du Code de la consommation ne devait alors être mise en œuvre que s'il existait une incertitude sur la commune intention des parties[495]. Pourtant, certains arguments permettent de conclure que l'article L. 133-2, alinéa 2 du Code de la consommation est impératif. D'abord, cette disposition est issue du droit communautaire, de la directive n° 13/93/CEE. Lui reconnaître une valeur simplement indicative serait en contradiction avec la protection minimale imposée par les dispositions de la directive. Ensuite, l'intérêt de l'article L. 133-2 du Code de la consommation réside justement dans le caractère impératif de la disposition. Dès 2003, la Cour de cassation a tranché la question en faveur du caractère impératif des dispositions du Code de la consommation à l'occasion de litiges concernant des contrats d'assurance, en cassant un arrêt de la Cour d'appel de Toulouse pour violation de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation[496]. Depuis, elle a confirmé cette solution à plusieurs reprises[497]. L'interprétation des contrats de

[495] N. RZEPECKI, *op. cit.*, 2002, n° 664.

[496] Civ. 1ère, 21 janvier 2003, pourvois nos 00-13.342 et 00-19.001 ; *D.* 2003, p. 2600, note H. CLARET, *RTD civ.*, 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD com.*, 2003, p. 559, obs. B. BOULOC, *Dr. et patr.*, 2003, no 115, p. 112, obs. P. CHAUVEL

[497] Civ. 2ème, 13 juillet 2006, pourvoi n° 05-18.104 ; *Bull. civ. II*, no 214 – Civ. 1ère, 22 mai 2008, pourvoi n° 05-21.822 ; *Bull. civ. I*, n° 145 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 11, p. 26, obs. S. BEN HADJ YAHIA ; *RDC*, 2008, p. 1214, obs. BRUSCHI M. ; *JCP G*, 2008, II, 10133, comm. A. SERIAUX ; Civ. 2ème, 2 avril 2009, pourvoi n° 07-14.900, Inédit – Civ. 2ème, 9 avril 2009, pourvoi n° 08-17.714, Inédit – Civ. 1ère, 11 mars 2010, pourvoi n° 09-12.535, Inédit ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 60-70, p. 15, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. FAGES B – Civ. 2ème, 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.247, Inédit – Civ. 1ère, 1er juin 2011, pourvois nos 09-72.552 et 10-10.843 ; *à paraître au bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 11, p. 20, D. HOUTCIEFF ; *RGDA*, 2012, n° 1, p. 33, note A. PELISSIER – Civ. 1ère, 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.093, Inédit ; *CCC*, 2012, n°1, comm. n° 5, G. RAYMOND – Civ. 2ème, 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.983, Inédit,

consommation est fortement dérogatoire des règles de droit commun. Les contrats doivent être interprétés en recherchant la volonté des parties tandis que les contrats de consommation sont interprétés objectivement, dans le sens le plus favorable au consommateur.

289. L'interprétation des contrats de consommation échappe alors à toute considération subjective. Cette position est réaliste dans la mesure où il n'y a pas de réel accord de volonté sur les conditions accessoires du contrat. Elle s'éloigne également des solutions proposées par les auteurs qui retenaient une autonomie propre à la notion de contrat d'adhésion et qui estimaient qu'il devait être interprété au regard de la seule volonté du rédacteur de l'acte. L'interprétation en faveur du consommateur est une mesure très efficace pour rééquilibrer les contrats de consommation, notamment lorsque l'insertion d'une clause ambigüe est volontaire. Par exemple, il a pu être décidé que la clause qui précise que les codébiteurs sont engagés « conjointement et solidairement » était ambigüe parce qu'une obligation ne peut être simultanément conjointe et solidaire. Dès lors, il y a lieu de retenir l'interprétation la plus favorable aux consommateurs, c'est-à-dire que l'obligation est conjointe et non solidaire[498]. Elle aboutit parfois à une réécriture de la clause dans un sens plus favorable encore pour le consommateur que la stricte application du droit commun. A ce titre, l'interprétation du contrat paraît parfois plus favorable au consommateur que la suppression de la clause en raison de son illicéité. Cependant, la mise en œuvre de l'interprétation du contrat de consommation se heurte à deux difficultés. Premièrement, il ne suffit pas de constater qu'une clause est déséquilibrée pour l'interpréter en faveur du consommateur. Les dispositions de l'article L. 133-2, alinéa 2, ne consacrent pas un principe général d'équilibre des stipulations dans les contrats de consommation. Il faut pour mettre en œuvre la solution qu'il préconise, que la clause soit ambigüe. La Cour de cassation contrôle l'ambigüité de la clause et lorsque les juges du fond tendent à rééquilibrer le contenu d'un contrat de consommation, sous couvert d'interprétation d'une clause claire et précise, la Cour de cassation casse la décision pour dénaturation[499]. Deuxièmement, l'interprétation du contrat, parfois préférable pour le consommateur à l'éradication de la clause, ne s'impose pas toujours

[498] CA Poitier, 2ème ch. Civ., 13 septembre 2011, RG n° 10/04258, Cerclab N° 3325.
[499] Pour une cassation pour dénaturation d'une clause claire et précise d'un contrat de consommation v. notamment : Civ. 2ème, 24 novembre 2011, pourvoi n° 10-21.685, Inédit.

lorsque la clause ambigüe est par ailleurs illicite. Il est alors nécessaire de préciser l'articulation de l'interprétation des contrats de consommation avec les sanctions des autres illicéités.

2. L'articulation de l'interprétation *in favorem* avec les sanctions des autres illicéités

290. Il existe des interactions étroites entre l'interprétation d'une clause d'un contrat et l'appréciation de sa validité. Si « logiquement, l'interprétation précède l'appréciation »[500], il n'existe pas de position tranchée de la jurisprudence qui impose d'interpréter une clause ambigüe avant d'examiner sa validité au regard des dispositions impératives réglementant le contenu du contrat ou au regard de la législation des clauses abusives. En outre, logiquement toujours, la question de l'inopposabilité des clauses des contrats de consommation au consommateur, en raison de leur caractère illisible ou incompréhensible, devrait être examinée avant même d'interpréter la clause. Les problèmes soulevés, et les solutions qui leurs sont apportés, sont différents suivant l'illicéité qui affecte la clause ambigüe.

291. Lorsqu'une clause ambigüe est illisible ou incompréhensible, parce qu'elle est par exemple rédigée dans une langue étrangère que le consommateur ne comprend pas, ou parce qu'elle est rédigée en caractères minuscules et imprimée en encre très claire, l'interprétation de la clause est sans influence sur la licéité de la clause par rapport aux exigences formelles imposées par les dispositions consuméristes. En effet, quelle que soit l'interprétation retenue, une clause incompréhensible ou illisible reste incompréhensible ou illisible. Elle doit dès lors être sanctionnée à ce titre.

292. Lorsqu'une clause ambigüe est par ailleurs contraire à une disposition impérative réglementant le contenu du contrat quelle que soit l'interprétation retenue, là encore, l'interprétation de la clause est sans influence sur l'illicéité de la clause. Cette illicéité doit être sanctionnée comme telle. Si la sanction n'a pas pour effet de supprimer la clause du contrat, elle doit alors être appliquée dans son interprétation la plus favorable au consommateur. La situation est sensiblement identique lorsque la clause ambigüe est abusive au sens des dispositions de l'article L. 132-1 du Code de la consommation, quelle

[500] G. PAISANT, « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 99, n° 42.

que soit l'interprétation retenue. La clause doit être réputée non écrite et l'interprétation de la clause est sans influence sur l'issue du litige.

293. La situation est plus délicate lorsque la clause ambigüe est contraire à une disposition impérative ou abusive dans une de ses interprétations, et qu'elle est licite dans une autre de ses interprétations, la plus favorable au consommateur. Le problème est de savoir si l'interprétation doit nécessairement précéder l'appréciation de la validité de la clause au regard des dispositions consuméristes. Cette solution est majoritairement retenue par la jurisprudence. La clause est d'abord interprétée dans le sens le plus favorable au consommateur, puis son caractère abusif ou sa contrariété aux dispositions impératives est examiné. Le plus souvent, l'illicéité de la clause est écartée. Mais, certaines décisions retiennent une solution différente. Elles estiment qu'une clause qui est abusive dans une de ses interprétations doit être réputée non écrite.

Section 3. L'appréciation de l'efficacité réparatrice des sanctions des illicéités des conditions accessoires des contrats de consommation

294. L'efficacité réparatrice des sanctions des illicéités affectant les conditions accessoires des contrats de consommation dépend de deux facteurs. D'abord, la sanction et les conditions de son prononcé et ses effets doivent être adaptées à la réparation du préjudice subi par le consommateur du fait de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation. Ensuite, la procédure par laquelle elle est mise en œuvre doit favoriser son application. Les conditions d'application des sanctions des illicéités des clauses des contrats de consommation apparaissent efficaces d'un point de vue réparateur : elles permettent d'appréhender toute la diversité des illicéités des stipulations accessoires des contrats susceptibles de provoquer un déséquilibre du contrat de consommation. Mais l'amélioration de l'efficacité des sanctions des défauts des clauses des contrats de consommation est possible en clarifiant le régime de la sanction. En outre, l'une des difficultés principales réside, encore une fois, dans l'ineffectivité de la sanction. Outre les obstacles matériels et psychologiques qui dissuadent les consommateurs d'agir en justice, ils sont souvent peu informés de leurs droits. Le respect de la parole donnée et

la conscience de la force obligatoire des contrats laissent penser, aux personnes peu initiées au droit des contrats qu'il n'existe aucun moyen pour contester les stipulations.

295. L'effet réparateur s'envisage d'abord au regard d'un rapport particulier d'obligations, entre un professionnel et un consommateur déterminé. Ce dernier subit un préjudice lorsque la clause illicite, qui crée un déséquilibre à son détriment, est invoquée par le professionnel. Il est donc nécessaire de préciser *les conditions de l'efficacité réparatrice de la sanction dans le cadre d'un rapport individuel de consommation (§1)*. En raison de la standardisation des contrats, ce problème individuel s'inscrit dans une problématique collective. La ou les clauses illicites sont de ce fait, présentes dans de nombreux contrats. Pour tenir compte de ce phénomène, la sanction de l'insertion de clauses illicites dans les contrats proposés aux consommateurs est également organisée en dehors de tout rapport individuel de consommation, à l'initiative d'une association de consommateurs. Cette dernière a la faculté d'exercer une action en cessation d'agissements illicites qui prend la forme notamment d'une action en suppression de clauses abusives ou illicites des modèles de contrat. Cette action a des effets principalement préventif et dissuasif mais *les effets réparateurs de l'action en cessation exercée par les associations de consommateurs (§2)* sont réels et tendent à s'amplifier sous l'impulsion de la jurisprudence récente de la Cour de justice de l'Union européenne.

§1. Les conditions de l'efficacité réparatrice de la sanction dans le cadre d'un rapport individuel de consommation

296. Le système actuel qui permet de sanctionner la violation par les professionnels des dispositions encadrant l'établissement de leurs conditions générales, et plus largement des conditions des contrats de consommation, se caractérise par sa diversité. Cette diversité est une source de richesse parce qu'elle permet de prendre en considération la variété des clauses qui sont susceptibles de porter atteinte à l'équilibre du contrat. Cependant, cette diversité s'oppose parfois à l'efficacité des sanctions. *Une simplification des sanctions est nécessaire (A).* Par ailleurs, pour garantir leur efficacité, la mise en œuvre des sanctions des défauts des clauses insérées dans les contrats de consommation doit être effective. A cette fin *l'élargissement des pouvoirs du juge est opportun (B).*

A. La simplification nécessaire des sanctions

297. Actuellement, les difficultés principales dans la sanction des illicéités des conditions accessoires des contrats de consommation se situent dans la multiplication des sanctions et dans leur articulation. La diversité des illicéités permet de sanctionner tous les comportements déloyaux des professionnels qui sont susceptibles d'affecter l'équilibre des droits et des obligations des parties au détriment du consommateur, que ce déséquilibre soit issu de la présentation formelle de la clause ou qu'il résulte de son contenu. Mais, elle soulève des interrogations sur l'articulation des sanctions entre elles, alors que généralement, elles produisent sensiblement les mêmes effets. Par ailleurs, les dispositions consuméristes qui encadrent la licéités des clauses dans les contrats de consommation ne précisent pas toujours la sanction civile de leur violation. Alors, l'efficacité de ces sanctions serait utilement renforcée en clarifiant et en unifiant la sanction des défauts des clauses insérées dans les contrats de consommation. *La nullité des clauses illicites parait pertinente (1).* L'uniformité des sanctions ne peut pas être totale. Les clauses ambiguës doivent être traitées distinctement. Actuellement, l'articulation de l'interprétation du contrat de consommation avec la sanction des clauses illicites est incertaine. Il serait souhaitable de préciser *l'articulation de la nullité de la clause illicite avec les autres sanctions (2).*

1. La pertinence de la nullité des clauses illicites

298. La possibilité pour le juge de prononcer l'annulation partielle du contrat n'était pas évidente. En effet, selon la théorie classique des nullités, la nullité d'un acte juridique ne pouvait être totale[501]. La méfiance était généralement grande envers les mécanismes qui permettent aux juges de modifier, directement ou indirectement, le contenu des contrats, en raison des atteintes qu'ils causent aux principes essentiels du droit des contrats : l'autonomie de la volonté et la force obligatoire des contrats. Toutefois, si la nullité du contrat s'impose lorsqu'un de ses conditions de validités fait défaut[502], la nullité du contrat est vite apparue comme une sanction rigide, qui ne permettait pas d'adapter la

[501] Pour un rappel des arguments qui justifiaient cette position v. O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat.* Aix-en-Provence : PUAM, 1999, n^{os} 514 et s.
[502] O. GOUT, *op. cit.*, n° 514 ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, *Droit civil : Les obligations*. 10ème éd., Paris : Dalloz, n° 419.

sanction lorsque le défaut n'affectait qu'une partie de l'acte juridique. Le constat s'aggrave lorsque le vice du contrat résulte de la violation d'une disposition protectrice des intérêts d'une partie. Cette dernière n'a pas toujours intérêt à voir le contrat anéanti[503]. L'idée d'admettre que la nullité n'affecte qu'une partie du contrat s'est alors imposée. Elle permet d'adapter la sanction au but de la règle sanctionnée et, par conséquent, de renforcer l'efficacité tant réparatrice que dissuasive de la sanction[504]. Particulièrement, en matière de sanction de la violation de l'ordre public économique, l'anéantissement d'une partie seulement du contrat apparaît opportun parce que la légalité transgressée peut être rétablie utilement en maintenant le contrat amputé des stipulations contraires aux dispositions impératives[505]. Plus encore, la stricte application de la nullité du contrat dans son entier s'oppose souvent à la dénonciation de l'illicite parce que la partie protégée par la disposition violée qui préfère appliquer un contrat dont une des stipulations est illicite et lui est préjudiciable, plutôt que de demander l'anéantissement du contrat.

299. Dès lors, la sanction de l'insertion de clauses illicites dans les contrats de consommation, qui consiste à annuler la seule clause affectée d'un vice, ou à prononcer une sanction qui aura les mêmes effets, comme l'inopposabilité de la clause, est une sanction efficace comparée à la nullité du contrat dans son ensemble dont une des clauses est contraire à un ordre public de protection. Elle permet de s'adapter aux finalités de la règle transgressée, et par voie de conséquence de s'adapter au préjudice subi par le consommateur. Actuellement, les sanctions des défauts des clauses insérées dans les contrats de consommation ont des effets similaires à la nullité partielle. Elles permettent de retirer la clause du contrat de consommation et d'y substituer les dispositions, impératives ou supplétives, applicables à la matière[506]. Cette solution est efficace. Toutefois, la diversité des sanctions prononcées, et de leur régime, en fonction de l'illicéité constatée s'oppose à une pleine efficacité. S'il ne faut pas masquer la diversité des défauts pouvant affecter les clauses des contrats de consommation, il n'est pas nécessaire de leur appliquer des sanctions différentes répondant à des régimes cohérents. La protection consumériste gagnerait en efficacité avec une uniformisation des sanctions.

[503] J. PIEDELIEVRE, *Des effets produits par les actes nuls.* Thèse, Paris, 1911, p. 6.
[504]O. GOUT, *op. cit.*, n° 519 ;
[505] G. RIPERT, « L'ordre public économique et la liberté contractuelle », *in Etudes sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, 1933, p. 347, n° 8.
[506] V. *supra* section précédente.

Le choix de la sanction et de son régime peut donc s'opérer entre les sanctions qui existent déjà.

300. Parmi les sanctions actuelles, la nullité de la clause illicite s'impose par rapport à l' « inopposabilité » de la clause au consommateur, et à la consécration d'un régime distinct de la nullité partielle : la clause réputée non écrite. D'abord, l' « inopposabilité » de la clause au consommateur[507], plus exactement l'absence de valeur contractuelle de la clause, doit être écartée. En effet, la généralisation de cette sanction à toutes les illicéités susceptibles d'affecter les clauses des contrats n'est pas opportune parce qu'elle se fonde sur l'analyse du consentement du consommateur. La clause n'a pas de valeur contractuelle parce que les défauts qui l'affectent empêchent toute acceptation de la part du consommateur. Lorsque l'illicéité de la clause résulte de la présentation formelle de la clause, soit qu'elle est illisible, soit qu'elle est incompréhensible, la justification semble, *a priori*, pertinente. Cependant, le raisonnement repose en partie sur une fiction parce que, même lorsque les clauses sont lisibles et compréhensibles, les consommateurs ne prennent pas le temps de lire les conditions générales des contrats, souvent longues et complexes, auxquels ils souscrivent. Lorsque l'illicéité de la clause résulte de sa contrariété à une disposition impérative réglementant le contenu du contrat ou résultant de son caractère abusif, alors l'absence de valeur contractuelle de la clause n'a plus de justification théorique satisfaisante. La sanction se rapprocherait alors de l'inexistence, dont la réalité en droit positif est contestée.

301. Ensuite, la généralisation du réputé non écrit comme sanction de toutes les illicéités d'une clause du contrat aurait pu être envisagée. En effet, elle permettrait d'apporter une réponse unique et cohérente aux différentes illicéités des clauses des contrats de consommation. Les effets et le régime de la sanction pourraient en outre être adaptés aux problématiques découlant de la violation d'un ordre public de protection. Néanmoins, les particularités des illicéités des clauses dans les contrats de consommation ne semble pas suffisamment marquées, et les préjudices qu'elles causent pour les consommateurs ne semblent pas tellement spécifiques qu'ils faillent rejeter la nullité partielle du contrat et inventer une sanction nouvelle la clause réputée non écrite. En outre, dès à présent, l'autonomie réelle de la clause réputée non écrite par rapport à la

[507] V. *supra* n[os] 267 et 268.

nullité partielle du contrat est majoritairement contestée par la doctrine. Elle est analysée comme une catégorie de nullité partielle[508]. Finalement, il est difficile de trouver des justifications à la création d'une sanction originale de l'illicéité des clauses des contrats alors que la nullité s'impose comme la sanction des défauts de validité d'un acte juridique et de la violation de l'ordre public.

302. Pour ces raisons, le choix de la nullité de la clause illicite comme sanction unique des différentes illicéités affectant les clauses des contrats est préférable. Ce choix n'est pas un choix par défaut parce que l'adaptabilité dont fait preuve cette sanction depuis des siècles montre que son régime et ses effets peuvent être aménagés de façon à renforcer son efficacité. En effet, la nullité n'est pas une sanction figée. Il n'existe pas une nullité mais des nullités qui se distinguent tant dans leurs effets[509] que dans leur régime. Ainsi, la jurisprudence a dépassé la distinction traditionnelle entre nullité relative et nullité absolue pour adapter le régime de la nullité sanctionnant la violation de l'ordre public de protection aux finalités de la règle transgressée[510]. Si, dans ce cas, elle reconnaît le caractère relatif de la nullité, elle adapte son régime et, par exemple, elle refuse que la partie protégée par la disposition violée puisse renoncer à son droit d'agir en nullité et confirmer l'acte illicite. L'objectif poursuivi par l'adoption d'un régime de nullité spécifique est de renforcer l'efficacité réparatrice en rétablissant, au moyen de la sanction, la légalité transgressée. Or, l'illicéité des clauses des contrats de consommation résulte de la violation de dispositions d'ordre public protectrices des intérêts des consommateurs. A ce titre, la nullité apparaît comme une sanction particulièrement adaptée.

303. La principale objection, parfois émise contre la nullité des clauses illicites, et particulièrement des clauses abusives, concerne la manière dont est fixée l'étendue de la sanction. Le choix de la nullité partielle imposerait au juge, pour déterminer l'étendue de la sanction, de se référer à la volonté des parties et de rechercher quelle influence avait la clause dans la détermination des contrats alors que le choix de la clause réputée non écrite permettrait de prononcer l'anéantissement de la seule clause illicite, et ce, quelle que soit

[508] V. *supra* n^{os} 248 et s.
[509] Outre la nullité de l'acte juridique et la nullité partielle s'étendant à ue partie seulement de celui-ci, la réduction et la conversion par réduction sont considérées comme des formes de nullité.
[510] V. *supra* n^{os} 82 et s.

l'influence que cette clause a pu avoir sur la conclusion du contrat[511]. Pourtant, cette distinction doit être nuancée. Lorsque l'efficacité de la sanction l'impose, le caractère déterminant de la clause n'est pas toujours l'élément principal pris en considération pour fixer l'étendue de la nullité[512]. En conséquence, l'étendue de la nullité du contrat est fixée par le juges en combinant plusieurs critères : un critère subjectif relatif au caractère déterminant de la clause illicite et un critère objectif relatif à l'efficacité de la sanction à lutter contrat la fraude des parties[513] ou à réparer les conséquences néfastes de la clause illicite[514]. En conséquence, le choix de la nullité de la clause illicite n'impose pas de fixer l'étendue du contrat en considération de la volonté des parties. Le législateur peut prescrire, comme il le fait actuellement pour la sanction des clauses abusives, que le contrat est maintenu lorsque c'est matériellement possible.

304. Si la nullité partielle du contrat, limitée à ou aux seuls clauses illicites, est préférable, d'un point de vue réparateur, comparé à la nullité de l'entier contrat, la question s'est posée de savoir s'il fallait aller plus loin et accorder aux magistrats le pouvoir de remplacer ou de réécrire la clause illicite. En ce sens, Madame Le Gac-Pech affirme que « La disparition de la clause constitue une sanction inadaptée à l'objectif que s'était assigné le législateur. Elle ne convient pas à un combat contre l'excès, lequel ne saurait être corrigé autrement que par la modération. Une action en faveur de l'équilibre nécessite un pouvoir de révision et non d'annulation »[515]. Cette solution est séduisante mais plusieurs raisons conduisent à la rejeter.

305. En effet, la consécration d'un pouvoir de réécriture des clauses illicites par le juge, au moins lorsque l'illicéité de la clause résulte de son caractère abusif, est contraire aux dispositions communautaires. Sur ce point, une question préjudicielle a été posée à la Cour de justice de l'Union européenne et a donné lieu à un arrêt récent. Il s'agissait de savoir si la législation d'un Etat membre peut permettre au juge national, lorsqu'il constate le caractère abusif d'une clause, de réviser le contenu de cette clause. La Cour de

[511] S. GAUDEMET, *op. cit.*, n^{os} 99 et s.
[512] F. TERRE, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, *op.cit.*, n° 420.
[513] Par exemple, la nullité de la seule contre-lettre permettant de dissimuler une partie du prix de vente d'un immeuble aux impôts par l'article 1321-1 du Code civil s'impose par des considérations d'efficacité alors que la contre-lettre a généralement une influence déterminante sur le consentement des parties.
[514] O. GOUT, *op. cit.*, n° 546 et s. ; F. TERRE, Ph. SIMLER et Y LEQUETTE, *op. cit.*, n° 419.
[515] S. LE GAC-PECH, *La proportionnalité en droit privé des contrats*. Paris : LGDJ, 2000, n° 234.

justice de l'Union européenne, dans un arrêt du 14 juin 2012, y répond par la négative[516]. L'argumentation développée par la Cour de justice de l'Union européenne s'appuie d'une part sur l'analyse des termes de la directive n° 93/13/CEE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par les consommateurs. Elle relève que l'article 6 de la directive dispose d'un côté que les clauses abusives « ne lient pas les consommateurs » et d'un autre côté que le contrat reste contraignant « selon les mêmes termes », pour en déduire que la possibilité de réviser une clause abusive n'est pas prévue par la directive[517]. Son argumentation s'appuie d'autre part sur « la finalité et l'économie générale de la directive »[518]. Au-delà de la suppression des clauses abusives à l'occasion de litiges individuels de consommation, la finalité des dispositions de la directive n° 93/13/CEE et la disparition, dans les modèles de contrat. Pour assurer l'effectivité de cet objectif, la sanction doit être dissuasive. La possibilité pour le juge de réécrire la clause dans une version non abusive affaiblirait cet objectif dissuasif[519].

306. Cette solution s'impose aussi dans une perspective réparatrice. D'abord, pour les clauses formellement illicites, en raison de leur présentation ou en raison de leur rédaction, il n'est pas possible de corriger cette illicéité qui produit ses effets au moment de la conclusion du contrat. Ensuite, pour les clauses substantiellement illicites, en raison de leur contrariété à une disposition légale ou réglementaire impérative ou en raison de leur caractère abusif, le retour au régime légal impératif ou supplétif que provoque leur nullité garantit, dans la majorité des cas, un équilibre suffisant des droits et des obligations des contrats. En effet, pour que la sanction exerce efficacement un effet réparateur, il faut que son application replace la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de violation de la loi. Supprimer la clause illicite du contrat permet de réaliser cet objectif. Admettre le pouvoir de réécriture de la clause dans un sens plus favorable au consommateur que l'application du régime légal impératif ou supplétif que devrait trouver à s'appliquer reviendrait indirectement à contrôler le caractère abusif de ces dispositions légales. Or, ce contrôle est interdit. Si l'application des solutions légales n'est pas satisfaisant, il doit être réformé. Mais cela ne saurait justifier un pouvoir de

[516] CJUE, 14 juin 2012, aff. n° C-618/10, *Banco Español de Crédito*.
[517] *Ibid.* Pt n° 62 à 65.
[518] *Ibid.* Pt n° 66.
[519] Conclusion de l'avocat général, Madame Vérica, pt n° 86 à 89.

réécriture du contrat au profit des juges. En outre, l'admission du pouvoir des magistrats de réécrire les clauses illicites risque d'être préjudiciable au consommateur. En effet, en réécrivant la clause dans une version non abusive, les magistrats pourraient admettre une version qui ne crée pas de déséquilibre significatif mais qui est moins avantageuse que le régime légal applicable en la cause.

307. L'élaboration d'un régime unique de la sanction des illicéités des clauses dans les contrats de consommation ne doit pas se faire au détriment d'autres sanctions si elles sont plus adaptées à réparer le préjudice subi par le consommateur ou si leur fonction est plus répressive que réparatrice. Par exemple, concernant la nullité du contrat, s'il est exclu que l'insertion d'une clause abusive suffis, à elle seule, à la fonder[520], elle doit pouvoir être prononcée lorsque par ailleurs, les conditions de son application sont réunies, que ce soit sur un fondement de droit commun, tel que la théorie des vices du consentement, ou sur un fondement consumériste, tel que celui qui a été proposé pus haut[521]. Par exemple encore, l'élaboration d'un régime unique de la sanction des illicéités des clauses des contrats ne doit pas conduire à remettre en cause l'existence de la déchéance du droit aux intérêts qui sanctionne certaines illicéités des clauses dans les contrats de crédit. Le cumul est tout à fait envisageable parce que la finalité de ces deux sanctions est différente. La nullité de la clause illicite exerce principalement des effets réparateurs tandis que la déchéance du droit aux intérêts exerce principalement des effets dissuasifs[522].

2. L'articulation de la nullité de la clause illicite avec l'interprétation du contrat

308. Si la réécriture de la clause par le juge ne doit pas être autorisée lorsqu'ils constatent l'illicéité d'une clause dans un contrat de consommation, elle s'opère toutefois, dans une certaine mesure, au moyen de l'interprétation. Dans ce cas, les magistrats n'ont pas toute latitude pour fixer le contenu de la clause ambigüe, elle doit être interprétée en faveur du consommateur sur le fondement de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation. Les juges recherchent alors, parmi les interprétations possibles de la clause, celle qui est la plus favorable au consommateur. A l'heure actuelle, l'articulation

[520] CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; *JCP G*, 2012, p. 1171, obs. G. PAISANT ; *RTD com.*, 2012, p. 386, obs. D. LEGEAIS. V. *supra* n[os] 260 et 261.
[521] V. *supra* n[os] 126.
[522] V. *infra* nos 435 et 436.

de l'interprétation des stipulations des contrats de consommation avec l'appréciation de leur validité est confuse[523]. Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes pour toutes les illicéités. Ainsi, la question ne devrait jamais être examinée lorsque l'illicéité de la clause est une illicéité formelle puisque l'interprétation est sans influence sur l'issue du litige. Mais concernant les clauses substantiellement illicites, l'interprétation peut avoir une influence sur l'issue du litige lorsque la clause est illicite dans une de ses interprétations et ne l'est pas dans une autre.

309. L'élaboration d'un régime unique de la sanction de l'illicéité des clauses dans les contrats de consommation devrait être l'occasion de préciser les rapports de l'interprétation de la clause et de l'appréciation de sa validité. Deux solutions sont envisageables : soit l'interprétation précède l'interprétation de la validité de la clause, soit l'appréciation de la validité de la clause précède son interprétation. La première solution s'impose logiquement. Pour apprécier la validité de la clause au regard d'exigence substantielles, encore faut-il en avoir déterminé le sens. Mais le problème peut être envisagé différemment comme le préconise une partie de la doctrine allemande[524]. Elle propose que la clause ambigüe soit interprétée, dans un premier temps, défavorablement au consommateur, pour apprécier la licéité de la clause. Si au regard de cette interprétation défavorable la clause est licite. Elle doit être appliquée. Mais l'interprétation de la clause retenue serait alors la plus favorable au consommateur.

310. Cette solution, inspirée par les règles gouvernant l'appréciation de l'illicéité des stipulations contractuelles à l'occasion d'une action en cessation exercée par une association de consommateurs[525], n'emporte pas la conviction dans le cadre d'un litige individuel de consommation. Dans cette hypothèse, la clause devrait être interprétée en faveur du consommateur en premier lieu. L'appréciation de la validité de la clause, au regard des exigences substantielles, devrait intervenir en second lieu seulement à partir de l'interprétation la plus favorable au consommateur. En conséquence, lorsqu'une stipulation d'un contrat de consommation est susceptible de plusieurs interprétation dont

[523] V. *supra* n[os] 290 et s.
[524] Sur cette question v. Cl. WITZ, « L'énigmatique exception au principe d'interprétation des clauses contractuelles dans un sens favorable au consommateur », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges offerts au Doyen Bernard Gross,* Nancy : PUN, 2009, p. 321.
[525] V. *infra* n° 316.

la plus favorable est conforme aux exigences substantielles tant au regard des dispositions légales ou réglementaires impératives qu'au regard de la prohibition générale des clauses abusives, alors elle devrait être appliquée. Il existe toutefois des hypothèses dans laquelle une clause ambigüe dont l'interprétation la plus favorable au consommateur est conforme aux exigences substantielles devrait être qualifiée d'illicite et donc annulée. Ainsi, lorsque l'ambiguïté est telle qu'elle ne peut être que volontaire, ou qu'elle est de nature à créer un déséquilibre dans l'information entre le professionnel et le consommateur elle devrait être qualifiée d'abusive.

B. L'élargissement opportun des pouvoirs du juge

311. Le pouvoir des juges en matière de contrôle des clauses accessoires dans les contrats de consommation a connu, au cours de ces dernières décennies, un élargissement constant. Cette évolution s'est parfois produite sous l'impulsion des juges, contre les prévisions initiales du législateur, qui se sont reconnus compétents pour apprécier le caractère abusif des clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et consommateurs[526]. Cette évolution s'est parfois réalisée plus difficilement, à propos du relevé d'office de la méconnaissance du droit de la consommation par le juge[527], aux termes d'une opposition entre juridictions de fond, Cour de cassation et Cour de justice de l'Union européenne.

312. La Cour de cassation, dans un arrêt de la Chambre commerciale du 3 mai 1995[528], a cassé un arrêt de la Cour d'appel de Paris qui avait relevé d'office la méconnaissance de certaines dispositions relative au crédit, au motif que ces dispositions d'ordre public, ont été édictées dans le seul intérêt de l'emprunteur, et à ce titre, ne peuvent être invoquée que par la partie qu'elles protègent[529]. Cette position était vivement critiquée par une

[526] V. *supra* n° 233

[527] Sur cette question v. notamment : F. CANUT, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.*, 2007, chron., p. 2257 ; G. POISSONNIER, «Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.*, 2008, p. 1285

[528] Com., 3 mai 1995, pourvoi n° pourvoi n° 93-12.256 ; *Bull. civ. IV*, n° 128 ; *D.*, 1997, p. 124, note F. EUDIER ; *RTD com.*, 1995, p. 630, obs. M. CABRILLAC.

[529] Il a toutefois été montré, dans le domaine des nullités, que la fonction protectrice de la règle sanctionnée ne s'oppose pas au pouvoir du juge de relevé d'office la nullité du contrat : O. GOUT, *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 1999, n^{os} 389 et s.

partie de la doctrine[530]. Malgré ces critiques, elle a, pendant de nombreuses années confirmé et étendu cette solution à d'autres domaines[531]. Mais cette solution s'est heurtée à la résistance de certaines juridictions du fond et à la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, qui lui a imposé de réviser sa solution en matière de clauses abusives. En effet, la Cour de justice de l'Union européenne, anciennement la Cour de justice des communautés européenne, a décidé à plusieurs reprises, que pour assurer l'effectivité de la protection des consommateurs contre l'insertion de clauses abusives dans les contrats qui leurs sont proposés, les juges nationaux devait pouvoir relever d'office le caractère abusif des clauses dans les contrats conclus par des consommateurs[532]. Pour mettre fins aux nombreuses difficultés soulevées par la question de la possibilité de relevé d'office la méconnaissance des dispositions consuméristes, le législateur a finalement consacré cette possibilité par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 qui a introduit l'article L. 141-4 dans le Code de la consommation. Il dispose : « Le juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application ». Depuis, la possibilité pour le juge de relevé d'office la méconnaissance des dispositions consuméristes n'est plus contestée par la jurisprudence de la Cour de cassation[533].

---

[530] V. notamment, F. CANUT, « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.*, 2007, chron., p. 2257 ; P.-Y. GAUTIER, « De l'impossibilité supposée pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible », *RDC*, 2004, p. 1137 ; J.-P. PIZZIO, « Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 877 s. ; V. TELLIER, « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive », *LPA*, 30 juin 2004, p. 12

[531] Civ. 1ère, 15 février 2000, pourvoi n° 98-12.713 ; *Bull. civ. I*, n° 49 ; *JCP G*, 2001, II, 10477, obs. O. GOUT ; *RTD com.*, 2000, p. 705, obs. B. BOULOC ; *CCC*, 2000, comm. n° 116, obs. G. RAYMOND – Civ. 1ère, 10 juill. 2002 ; *Bull. civ. I*, n° 195 ; *D.*, 2003, p. 549, note O. GOUT ; *RTD civ.*, 2003, p. 85, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.*, 2003, p. 356, obs. B. BOULOC ; – Civ. 1ère, 4 déc. 2003, pourvoi n° 02-17.995 ; *Bull. civ. I*, n° 367 – Civ. 1ère, 16 mars 2004, pourvoi n° 99-17.955, *Bull. civ. I*, n° 91 ; *D.*, 2004, p. 947, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G*, 2004, II, 10129, note Y. DAGORNE-LABBE.

[532] CJCE, 27 juin 2000, aff. nos C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores* ; *JCP E*, 2001, p. 1281, note M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT ; *LPA*, 24 juill. 2001, note HOURDEAU ; RTD civ., 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.*, 2001, p. 291, obs. M. LUBY – CJCE, 21 novembre 2002, aff. n° C-473/00, Cofidis SA contre Jean-Louis Fredout ; *CCC*, 2003, p. 29, comm. G. RAYMOND ; *D.*, 2003, p. 486, note C. NOURISSAT ; *JCP G.*, 2003, note G. PAISANT ; *RTD com.*, p. 410, obs. M. LUBY – CJCE, 4 juin 2009, aff. n° C-243/08, *Pannon* ; *D.*, 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; *D.* 2010, Pan., p. 797, obs. E. POILLOT ; *Gaz. Pal.*, 2010, p. 421, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G*, 2009, p. 33, note G. PAISANT ; *RTD com.*, 2009, p. 794, obs. D. LEGEAIS.

[533] V. notamment : Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-20.176 ; *Bull. civ. I*, n° 9 ; *CCC*, 2009, , obs. G. RAYMOND ; *D.*, 2009, p. 908, note S. PIEDELIEVRE ; *Defrénois* 2009, p. 663, obs. E. SAVAUX ; *JCP G*, 2009, II, 10037, note X. LAGARDE ; *ibid.*, p. 66, obs. O. GOUT ; *LPA*, 8 avril 2009, note G. POISSONNIER ; *RTD com.*, 2009, p. 421, obs. D. LEGEAIS ; *RDC*, 2009, p. 1078, note D. FENOUILLET.

313. La consécration légale du pouvoir de juge de relever d'office la méconnaissance des dispositions d'ordre public du droit de la consommation était indispensable pour assurer l'effectivité des sanctions en droit de la consommation. En effet, le droit de la consommation est un « droit technique, complexe, foisonnant et encore largement méconnu, y compris des avocats »[534]. Le juge doit alors être le garant de l'effectivité de la protection consumériste. Allant plus loin dans cette recherche d'effectivité de la protection consumériste, la Cour de justice de l'Union européenne a décidé, à propos d'une clause attributive de compétence territoriale que les juges nationaux étaient tenu de relever d'office le caractère abusif[535]. Cette solution est opportune et il serait souhaitable qu'elle soit étendue au contrôle de toutes les illicéités des clauses incluses dans les contrats de consommation[536]. La recherche de l'effectivité de la protection des consommateurs a également conduit la Cour de justice de l'Union européenne a précisé les effets de l'action en cessation exercée par les associations de consommateurs. Il apparaît qu'au-delà des fonctions préventives et dissuasives qui lui sont attribuées, l'action en cessation exercée par les associations de consommateur peut potentiellement produire des effets réparateurs importants.

§2. Les effets réparateurs de l'action en cessation exercée par les associations de consommateurs

314. 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 a notamment crée l'action en suppression de clauses abusives. Elle a été complétée par l'action, plus générale, en cessation d'agissement illicite créée par l'ordonnance du 23 août 2001 transposant la directive n° 98/27 du 19 mai 1998[537]. L'action des associations de

[534] G. POISSONNIER, « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D.*, 2008, p. 1285.
[535] CJCE, 4 juin 2009, aff. n° C-243/08, *Pannon*, préc.
[536] L'obligation faite aux magistrats de relever d'office l'illicéité des clauses dans les contrats de consommation ne doit pas transformer leur office en un contrôle général de la validité du contrat de consommation. Elle doit être limitée aux seules clauses qui ont une influence sur la solution du litige. Cette solution est adoptée par la jurisprudence qui refuse l'examen des moyens fondée sur le caractère abusif d'une clause sans influence sur l'issue du litige.
[537] L'action créée ne permet pas de dénoncer n'importe quel agissement illicite. L'action ne peut être exercée que si elle se fonde sur la violation de dispositions nationales qui transposent certaines directives communautaire, limitativement énumérées par l'article 1er de la directive du 19 mai 1998.

consommateurs en suppression de clauses illicite se fonde sur l'article L. 421-6, alinéa 2, du Code de la consommation. Les associations de consommateurs agréées peuvent exercer cette action dans le but de demander, au besoin sous astreinte, la suppression des clauses abusives dans les modèles de contrat proposés aux consommateurs. Elle se situe en dehors d'un rapport particulier de consommation. Pour cette raison, l'action des associations de consommateurs en suppression des clauses illicites présentent des *particularités (A)* par rapport à l'action individuelle. Toutefois, même si elle s'exerce en dehors de tout contrat, cette action produit des *effets potentiellement réparateurs sur les contrats de consommation (B).*

A. Les particularités de l'action

315. D'abord, le domaine de l'action des associations de consommateurs est différent. Ainsi, la Cour de cassation a précisé que cette action pouvait être exercée pour faire supprimer les clauses illicites dans tout « type de contrats destinés aux consommateurs et rédigés par des professionnels en vue d'une utilisation généralisée »[538]. Les enseignements de cet arrêt concernant le domaine de l'action des associations de consommateurs est important. D'une part, l'action des associations de consommateurs peut être exercée à l'encontre de toute personne, professionnel ou non, qui rédige des contrats destinés aux consommateurs, que le professionnel contracte effectivement avec des consommateurs ou qu'ils rédigent le contrat pour le compte d'un tiers, professionnel ou non, qui contracte avec des consommateurs. D'autre part, l'action des associations de consommateurs a un champ moindre quant aux clauses qui peuvent être soumises au contrôle des magistrats. Alors qu'à l'occasion d'un litige individuel de consommation, le consommateur peut soumettre à l'appréciation du juge, ou le juge peut relever d'office, le caractère abusif des clauses contenues dans n'importe quel contrat, l'action de l'association de consommateurs est subordonnée à l'existence de type de contrats proposés aux consommateurs.

316. Ensuite, les modalités d'appréciation du caractère illicite de la clause sont différentes. Premièrement, l'appréciation du caractère abusif d'une clause, dans le cadre

[538] Civ. 1ère, 3 février 2011, pourvoi n° 08-14.402 ; *Bull. civ. I*, n° 23 ; *CCC*, 2011, comm. n° 102, obs. G. RAYMOND ; *D.*, 2011, p. 1659, note G. CHANTEPIE ; *JCP G*, 2011, p. 414, note G. PAISANT.

d'une action exercée par une association de consommateurs s'opère nécessairement *in abstracto*, alors que dans le cadre d'une action individuelle, elle l'appréciation du caractère abusif est faite en partie au regard des conséquences qu'aurait l'application de la clause sur le litige. Deuxièmement, les distinctions entre clauses illicites et clauses abusives sont moins importantes parce que la sanction qui peut être prononcée à cette occasion est la même. Troisièmement, les règles d'interprétation des clauses sont différentes. Alors que dans les litiges individuels, selon les dispositions de l'article L. 133-2, alinéa 2, du Code de la consommation, les clauses ambigües doivent être interprétées en faveur du consommateur, dans les litiges collectifs, elles sont appréciées en application des règles de droit commun. Cette règle permet de renforcer l'efficacité de l'action des associations. Ainsi, une clause dont le caractère abusif serait écarté au profit d'une interprétation en faveur du consommateur, serait déclarée abusive dans le cadre d'une action en cessation exercée par une association de consommateurs[539]. Cette solution se justifie pleinement parce que, les effets de l'action ayant vocation à se produire dans de nombreux contrats, il est souhaitable que les clauses ambigües soient supprimée, à charge pour le professionnel, s'il le désire, de réécrire la clause clairement, dans un sens non abusif. Plus généralement, il faudrait admettre, dans le cadre d'une action exercée par une association de consommateurs qu'une clause ambigüe est illicite et doit, à ce titre être supprimée des modèles de contrat à venir.

B. Les effets potentiellement réparateurs de l'action sur les contrats de consommation

317. Lorsque le juge constate le caractère illicite d'une clause dans un modèle de contrat à la demande d'une association de consommateurs sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, il doit ordonner au professionnel de supprimer la clause illicite des modèles de contrat qu'il propose habituellement aux consommateurs. Il a la possibilité de décider que l'obligation de supprimer la clause illicite sera assortie d'une astreinte. Les effets de la sanction, la suppression de la clause illicites dans les contrats à venir sont alors étrangers à l'idée de réparation, qui corrige une illicéité

[539] Cl. WITZ, « L'énigmatique exception au principe d'interprétation des clauses contractuelles dans un sens favorable au consommateur », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges offerts au Doyen Bernard Gross,* Nancy : PUN, 2009, p. 321

actuelle. La suppression produit des effets préventifs parce qu'elle évite la répétition de l'illicite.

318. Toutefois, l'action en suppression de clauses illicites a un potentiel réparateur important. Pour cela, il faudrait que la sanction prononcée produise des effets sur les contrats déjà conclus qui contiennent la clause dont l'illicéité a été constatée. L'analyse d'un arrêt récent de la Cour de justice de l'Union européenne montre que cette possibilité s'inscrit tout à fait dans l'objectif d'effectivité de la suppression des clauses abusives dans les modèles de contrat[540]. Plusieurs questions préjudicielles lui avaient été posées concernant la législation issue de la directive n° 93/13 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus par le consommateur. L'une d'elles était relative aux effets produits par la décision constatant le caractère abusif d'une clause à la demande d'une association de consommateurs. La juridiction de renvoi voulait savoir si les dispositions de la directive s'opposait à ce qu'une décision juridictionnelle qui constate la nullité d'une clause abusive dans un modèle de contrat, à la demande d'une association de consommateurs, produise des effets dans les contrats déjà conclus suivant ce modèle. La Cour de justice de l'Union européenne y répond par la négative. Elle rappelle que la directive n'harmonise pas les sanctions de la constatation des clauses abusives dans le cadre d'une action en cessation, mais qu'elle précise que des « moyens adéquats et efficaces » doivent être prévus pour « faire cesser l'utilisation des clauses abusives »[541]. Une législation comme celle qui est en cause respecte tout à fait ces objectifs.

319. Cette décision montre bien qu'il est possible que les décisions constatant l'illicéité d'une clause contenue dans un modèle de contrat dans le cadre d'une action en cessation peuvent produire des effets sur les contrats déjà conclus à partir de ce modèle. L'interdiction des arrêts de règlement par l'article 5 du Code civil ne permettent pas d'envisager que la décision prononce la nullité de la clause illicite dans tous les contrats conclus à partir du modèle qui la contenait. Mais il est possible de prévoir une sanction qui imposerait au professionnel de régulariser l'illicéité constatée dans les contrats déjà conclus. L'idée de régulariser les illicéités résultant de la violation du droit de la

[540] CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *N. Fogyastóvédelmi Hatósác* c/ *I. Távközlési Zrt*, pt 37 ; *JCP G*, 2012, p. 840, note G. PAISANT.
[541] *Ibid.*, pt 35.

consommation a déjà été évoquée lors de l'examen de la nullité du contrat de consommation. Elle paraît particulièrement adaptée à l'hypothèse des clauses illicites, et pourrait très bien s'insérer dans le cadre d'une action en suppression de clauses abusives. La suppression se ferait pour l'avenir et dans le passé.

320. La procédure de régularisation de l'illicéité résultant de l'insertion d'une clause illicite dans un modèle de contrat pourrait se dérouler de la manière suivante :

* *La régularisation de l'illicéité doit être prononcée par le Juge, le cas échéant sous astreinte*. Pour éviter les conflits de entre les décisions, la régularisation ne pourrait être prononcée en justice qu'à la demande d'une association de consommateur et non à la demande d'un consommateur individuel.

* *Première étape : information du consommateur*. Le professionnel devrait notifier à tous les consommateurs avec lesquels il est lié suivant le modèle de contrat de contrat examiné par le juge la décision constatant l'illicéité de la clause, et par conséquent sa suppression du modèle de contrats, quelle que soit sa décision sur la régularisation de l'illicéité. Il devrait également l'informer de la possibilité pour lui de s'opposer à la régularisation de l'illicéité dans un bref délai.

* *Deuxième étape : décision du consommateur*. S'il ne répond pas, ou s'il accepte expressément la régularisation, elle opère à l'issue du délai. Le consommateur ne disposera plus d'aucune action fondée sur l'illicéité de la clause (par exemple, annulation du contrat s'il démontre l'inutilité que l'insertion de la clause avait provoquée, responsabilité du professionnel si la clause a déjà été appliquée et a causé un préjudice au consommateur).

Si le consommateur refuse la régularisation, la clause illicite sera supprimer du contrat et il ne pourra plus exercer aucune action fondée sur l'illicéité de la clause.

321. Une telle sanction serait particulièrement efficace. Elle permettrait de corriger les conséquences de l'illicéité d'une clause par sa suppression du contrat. Les consommateurs bénéficieraient alors d'une sanction réparant leur préjudice sans avoir à supporter d'éventuels coûts liés au procès. Elle serait une réponse à la standardisation des contrats et à la répétition des illicéités. Elle permettrait de sécuriser le lien contractuel en renforçant sa licéité. En outre, elle produirait des effets dissuasifs importants en raison des coûts que la notification engendrerait pour le professionnel et en raison de l'atteinte à sa réputation qu'elle provoquerait nécessairement auprès de ses clients.

322. Compte tenu des intérêts potentiels que présente cette sanction, il est nécessaire de dépasser le cadre de la sanction des clauses illicites. Une action générale en régularisation des illicéité, qui s'appuie sur l'action en cessation d'agissement illicite est possible. Le principe doit être posé, avec un régime général applicable à tous les cas de régularisation. Parfois, en raison des particularités de certaine régularisée, le législateur pourrait préciser des modalités spéciales de mise en œuvre ou les effets particuliers de la régularisation. Il serait également souhaitable que la régularisation puisse intervenir à l'initiative du professionnel.

323. ***Conclusion de la Partie 1.*** L'étude de l'efficacité de la fonction réparatrice de la sanction a révélé qu'il est possible d'élaborer un régime commun et cohérent aux sanctions de la violation des dispositions consuméristes dans les contrats de consommation. L'approche doit être globale. L'inutilité du contrat est parfois provoquée par la violation des dispositions consuméristes, principalement celles qui prohibent les pratiques commerciales agressives des professionnels. Mais le plus souvent, le préjudice subi par le consommateur se manifeste par le déséquilibre du contrat. Il en résulte que les conditions de l'annulation du contrat, dont l'application répare l'inutilité du contrat doivent être strictes alors que les conditions de la correction des déséquilibres dans les contrats de consommation doivent être souples.

324. Au-delà des conditions spécifiques à chaque sanction, qui doivent être adaptées spécifiquement au préjudice qu'elles tendent à réparer, il est possible de dégager des traits communs qui découlent des problèmes soulevés par les particularités du contrat de consommation, et principalement par la standardisation et la répartition des contrats, et par les difficultés d'accès à la justice. Premièrement, ces facteurs doivent influer sur la manière dont est apprécié le préjudice. La standardisation des contrats entraîne également une standardisation des dommages subis qui doivent être appréciés *in abstracto*, et au besoin *in concreto*. Deuxièmement, ses facteurs doivent influer sur les conditions de mise en œuvre des sanctions principalement réparatrice. Les pouvoirs du Juge doivent être renforcés et des procédures originales de mise en œuvre extrajudiciaire de la sanction, comme l'annulation unilatérale du contrat par le consommateur ou la régularisation des illicéités par le professionnel.

325. Mais au regard des difficultés auxquelles sont confrontées les consommateurs pour faire appliquer les sanctions de la violation des dispositions consuméristes en vue

d'obtenir la réparation de leur préjudice, le meilleur gage de l'effectivité de la protection des consommateurs réside dans son application. Pour cela, il est indispensable qu'à côté des sanctions qui ont pour finalité principale la réparation des préjudices subis par les consommateurs, des sanctions qui exercent un important effet dissuasif soient prévues.

Partie 2

L'efficacité de la fonction dissuasive des sanctions dans les contrats de consommation

326. La dissuasion est un objectif constamment recherché de la sanction. Par la crainte qu'elle suscite, elle doit inciter au respect de la règle sanctionnée. Cependant, la réalité du phénomène dissuasif est parfois contestée. Les études criminologiques récentes confirment pourtant le réel effet dissuasif exercé par les sanctions et les mécanismes par lesquels la dissuasion opère[542]. La fonction dissuasive des sanctions revêt une importance toute particulière pour les sanctions dans les contrats de consommation[543]. En effet, les règles spécifiques destinées à encadrer les contrats conclus entre professionnels sont

[542] A.-C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 69 ; M. CUSSON, « Les mécanismes de la dissuasion », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1983, p. 13 ; « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 741 ; G. PICCA, « La sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ? », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 53 ; J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 675.

[543] Dans le même sens, 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. Après avoir rappelé les trois buts principaux des sanctions (prévention, réparation individuelle et réparation sociale), l'auteur affirme que « le but préventif l'emporte ici, par la menace que fait planer la sanction ».

relativement récentes[544]. Le respect du droit de la consommation par les professionnels, qu'il encadre les biens ou les services proposés aux consommateurs, les pratiques commerciales destinées à les inciter à contracter, ou le contenu du contrat, n'est pas pleinement entré dans la pratique professionnelle. Le droit de la consommation apparaît encore comme un droit artificiel, incohérent, surprotecteur, dont l'application semble complexe et secondaire. Pourtant, le respect du droit de la consommation est fondamental dans nos sociétés modernes. Il participe à garantir la santé et la sécurité du consommateur, à favoriser la loyauté des pratiques commerciales des entreprises, et par là, à assurer des conditions favorables pour l'exercice de la libre concurrence. Si les sanctions ne constituent pas le seul moyen de prévention, elles en sont un élément central. L'absence de sanctions, ou des sanctions inadaptées, encouragent les commerçants malhonnêtes à transgresser les obligations. Pire, les professionnels disposés à respecter les règles encadrant les contrats de consommation et les obligations qui en découlent, pourraient être incités à imiter leurs homologues, voyant que ceux-ci ne sont pas sanctionnés. Des sanctions faibles ou inappliquées laissent penser que la violation des obligations n'est pas si grave, surtout pour des comportements qui n'étaient pas prohibés il a encore quelques années. C'est pourquoi, la fonction dissuasive doit être forte pour les sanctions dans les contrats de consommation, au moins le temps d'ancrer l'importance et le respect de ce droit dans les mentalités[545].

327. Le législateur ne se prononce pas toujours sur la nature des sanctions spéciales de la violation des dispositions consuméristes. Toutefois, les sanctions consuméristes qu'il adopte tendent à assurer cet objectif de dissuasion. Les juridictions font de même, dans les litiges opposant un consommateur et un professionnel, elles détournent les conditions des sanctions issues du droit commun pour renforcer leur effet dissuasif. En conséquence, *les sanctions consuméristes ont pour fonction principale la dissuasion (titre 1)*. Malgré cela, elles n'atteignent pas toujours l'objectif qui est le leur. L'un des facteurs de l'inefficacité dissuasive des sanctions de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation réside dans l'inapplication massive du droit de la consommation. La question doit donc être reprise pour poser les bases d'un réel effet

[544] Sur l'émergence du droit de la consommation voir *supra* n^{os} 3 et s.
[545] G. LEVASSEUR, « Droit pénal et droit social », *in Etudes de droit du travail offertes à Philippe Brun*, p. 232.

dissuasif et d’établir *les conditions de l’efficacité dissuasive des sanctions consuméristes (titre 2)*.

Titre 1

La dissuasion, fonction principale des sanctions consuméristes

328. Les sanctions pénales, sanctions prononcées à la suite de la commission d'une infraction, sont de toute évidence des peines. Mais, s'il est de la nature même des sanctions pénales d'exercer une fonction dissuasive, cette fonction ne leur est pas réservée. Toutes les sanctions tendent à exercer une fonction dissuasive[546]. Leur existence seule rappelle le caractère contraignant de l'obligation sanctionnée et tend à intimider le créancier de l'obligation. Dans de nombreuses hypothèses, les sanctions civiles dont l'objet qui leur est traditionnellement affecté est la réparation du dommage consécutif à l'acte sanctionné, exercent également une sanction dissuasive par le rappel à l'ordre qu'elles assurent ou par la cessation du comportement illicite qu'elles imposent. Cette dernière se superpose à la fonction réparatrice. Parfois, la fonction dissuasive des sanctions civiles prend le dessus. L'objectif premier de ces sanctions est alors la répression et la dissuasion du comportement sanctionné. La réparation devient un objectif secondaire voire inexistant. Il s'agit alors de véritables peines privées. Dans la suite de cette étude, le terme de peine sera employé pour désigner indistinctement les sanctions, civiles ou pénales, qui exercent à titre principale des fonctions répressives. L'expression

[546] Dans le même sens : C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002, n° 23, B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris : L. Rodstein, 1947, p. 384 : « Une seule chose reste au-dessus de ces vicissitudes : la nécessité d'une politique de prévention des dommages dus à la faute de l'homme. Dans ce but, le droit pénal et le droit civil conjugueront leurs efforts, chacun par ses propres méthodes y contribuera, pour des parts variables, mais toujours complémentaires l'une de l'autre ».

de sanction pénale sera réservée pour les sanctions prononcées par des juridictions répressives en conséquence de la commission d'une infraction pénale. L'expression peine privée sera employée pour désigner les sanctions civiles qui exercent principalement des fonctions répressives.

329. Si la dissuasion est une fonction exercée par toutes les sanctions, elle est l'expression de la fonction répressive de la peine En ce sens, Monsieur Calais-Auloy constate, à propos des sanctions pénales, que « La sanction pénale a une vertu préventive que n'a pas la sanction civile : la menace de la peine incite les professionnels à ne pas tromper les consommateurs »[547]. Cette affirmation peut être étendue à toutes les peines. Dès lors, *la peine apparaît comme une sanction naturellement dissuasive (Chapitre 1)*. Dans les contrats de consommation, le besoin de dissuasion des comportements déloyaux des professionnels se fait particulièrement sentir. C'est pourquoi, au sein des *sanctions consuméristes, les peines sont prépondérantes (Chapitre 2).*

[547] J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 141 :

Chapitre 1

La peine, sanction naturellement dissuasive

330. Au sein des sanctions, les peines ont une place particulière. Pour certains, lorsque la notion de sanction est comprise strictement, peine et sanction se confondent[548]. Cependant, la peine est seulement une catégorie de sanction, qui se caractérise par les objectifs répressifs qui animent son édiction et son prononcé. En comparaison, le prononcé de sanctions civiles poursuit généralement un objectif réparateur. Leur caractère répressif est le plus souvent faible, ce qui s'oppose à leur qualification de peine[549]. La notion de peine renvoie naturellement aux sanctions pénales, parce que, jusqu'à la fin du XIX^{ème} siècle, la peine en était l'unique manifestation[550], et qu'elle en est, encore aujourd'hui, largement dominante au sein des sanctions pénales[551]. La notion de sanction pénale permettrait alors d'approcher la notion de peine. Pourtant, la définition des sanctions pénales est incertaine. De prime abord, elles pourraient se définir comme la mesure prononcée, par une juridiction pénale, à la suite de la commission d'une infraction pénale[552]. Cette définition est exacte mais elle ne permet ni de les caractériser, ni de les identifier. D'abord, le raisonnement *a contrario* aboutit à des résultats incertains. Ce n'est

[548] M. VAN DE KERCHOVE, « Les fonctions de la sanction pénale : Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 23.
[549] De manière exceptionnelle, certaines sanctions civiles, qui exercent à titre principales des sanctions répressives, sont qualifiées de peines privées. Sur la notion de peine privée v. *infra* n^{os} 337 et s.
[550] W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*. 2ème éd., Paris : Montchrestien, 1991, n° 371.
[551] Les analyses doctrinales modernes distinguent souvent, au sein des sanctions pénales les peines, majoritaires, qui interviennent pour réprimer un comportement délictueux passé et les mesures de suretés, qui sont prononcées dans un but préventif pour neutraliser un individu dangereux. V. notamment JEANDIDIER W, *op. cit.*, n^{os} 370 et s. ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général*. 7ème éd., Paris : Cujas, 1997, n^{os} 583 et s. ; J. PRADEL, *Droit pénal général*. 18ème éd. rev. et augm., Paris : Cujas, 2010, n^{os} 551 et s.
[552] J. PRADEL, *op. cit.*, n° 550.

pas parce qu'une sanction est la conséquence d'une infraction pénale qu'elle est nécessairement pénale. En effet, sanctions civiles et sanctions pénales se cumulent souvent pour sanctionner un même comportement. Ensuite, cette définition implique, pour être opérante, de pouvoir distinguer, parmi les normes de comportements, les prescriptions pénales des autres prescriptions. Cette distinction est impossible en raison de la relativité dans le temps et dans l'espace des comportements regardés comme socialement néfastes et donc, sanctionnés pénalement. Certains crimes apparaissent naturels, comme le meurtre, en ce qu'ils sont socialement répréhensibles à toutes les époques et en tout lieu, d'autres infractions apparaissent plus artificielles, leur répression varie d'un lieu à l'autre, d'une époque à l'autre. A partir de là, certains comportements pourraient être identifiés comme toujours contraires à la loi criminelle et donc, la sanction prononcée serait toujours pénale. A la supposer exacte, cette présentation ne suffit pas à identifier tous les crimes et donc, toutes les mesures les sanctionnant susceptibles d'être qualifiées de peine. L'infraction pénale ne se définit alors, non pas par la nature du comportement adopté, mais par la réaction de la société à son encontre, c'est-à-dire par l'édiction d'une peine. Cette dernière assume alors un rôle socio-pédagogique en « exprim[ant] symboliquement envers la société l'attachement témoigné à l'égard de certaines normes, à l'égard des comportements qui s'y conforment et à l'égard des valeurs qu'elle consacre »[553]. Ainsi, Messieurs Merle et Vitu constatent que « dans tous les pays du monde, le crime peut être défini formellement comme l'acte qui est sanctionné par une peine »[554]. Il en est ainsi en droit français. Les infractions pénales sont classées en fonction de la peine encourue. Les crimes sont les infractions punies d'une peine criminelle, les délits sont les infractions punies d'une peine correctionnelle et les contraventions sont les infractions punies d'une peine contraventionnelle[555]. Dès lors, l'infraction pénale ne peut pas être le critère de la sanction pénale si la sanction pénale est celui de l'infraction pénale.

[553] M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit.*, p. 30.
[554] R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 2.
[555] Les peines criminelles sont définies aux articles 131-1 et 131-2 du Code pénal, les peines correctionnelles aux articles 131-3 à 131-9 et les peines contraventionnelles aux articles 131-12 à 131-18 du même Code.

331. Confrontés à ces difficultés, les auteurs ont examinés différents critères, permettant d'identifier les sanctions pénales[556]. Ils se sont révélés insuffisants ou erronés[557]. D'abord, suivant une approche matérielle de la sanction pénale, il existerait des sanctions qui seraient pénales par nature. Par exemple, l'enfermement et l'amende seraient toujours des sanctions pénales. Une simple réflexion permet de rejeter ce critère. Ainsi, l'enfermement n'est pas toujours la manifestation d'une sanction pénale. Il est parfois exécuté, à titre de détention provisoire, avant toute déclaration de culpabilité. De même, l'amende n'est pas toujours pénale. Elle peut être administrative, voire, plus rarement, civile. Ensuite, la sanction pénale est parfois définie par un critère fonctionnel. Ce sont les sanctions qui sont prononcées, au nom de la société, dans un but rétributif, éliminateur ou intimidateur. Si ces fonctions ne sont pas propres aux sanctions pénales – certaines sanctions civiles exercent également ces fonctions – la différence réside dans le fait que les premières sont prononcées au nom de la société pour réprimer l'atteinte portée aux valeurs sociales, alors que les secondes bénéficient aux victimes de la violation sanctionnée. Cependant, ce critère s'avère insuffisant pour distinguer les sanctions pénales des sanctions administratives qui sont également prononcées au nom de la société. Par ailleurs, la mise en œuvre du critère téléologique, pour identifier les peines, qu'elles soient privées ou pénales, est complexe[558]. Ainsi, certaines sanctions sont pénales alors qu'elles assurent principalement des fonctions réparatrices comme la sanction – réparation définie à l'article 131-8-1 du Code pénal. Ce critère doit donc être complété. Il peut l'être par un critère organique : les sanctions pénales seraient celles qui sont prononcées par les juridictions pénales. S'il est vrai que seules les juridictions pénales peuvent prononcer des sanctions pénales[559], elles peuvent également prononcer des sanctions civiles. En outre, leur compétence est la conséquence de la qualification de la sanction de pénale, et non sa cause. Ce dernier critère est également insuffisant. Finalement, il faut se référer à la volonté du législateur afin de déterminer si un texte est une incrimination pénale et par conséquent, si le comportement qui y est prohibé est une

[556] M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit*., p. 23.
[557] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, 16ème éd., Paris : Economica, 2009.
[558] Sur les difficultés de mise en œuvre de ce critère pour identifier les peines privées v. *infra* nos 340 et s.
[559] Exception faite des sanctions des contraventions de grandes voiries dont le contentieux relève de la compétence des juridictions administratives.

infraction pénale et si les sanctions qui y sont prévues sont des sanctions pénales[560]. Ce mode d'identification des infractions pénales et des sanctions pénales ne permet pas de dégager la fonction assignée au droit pénal, ni le lien qui existe entre l'adoption de sanctions pénales et la dissuasion des comportements antisociaux.

332. Le recours à la qualification législative, pour distinguer les peines des autres sanctions, ne permet pas de saisir la différence de nature qui existe entre ces deux types de sanction. L'analyse fonctionnelle de la sanction est celle qui permet d'expliquer cette différence. Ainsi, la peine est souvent définie par les fonctions qui lui sont assignées : « châtiment édicté par la loi (peine prévue) à l'effet de prévenir et s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifié d'infraction »[561]. Cette définition permet de dégager les traits essentiels de la peine. Il en ressort que les fonctions exercées par les peines sont multiples. Parmi elles, *la dissuasion apparaît comme une fonction intrinsèque de la peine (section 1).* L'analyse fonctionnelle, si elle permet d'expliquer la différence de nature entre les peines et les sanctions principalement réparatrices, ne suffit pas à distinguer les unes des autres. Les fonctions respectives de chacune de ces catégories influent sur les conditions de mise en œuvre de la sanction. Ainsi, l'analyse *des conditions de mise en œuvre de la sanction est un révélateur de l'existence d'une peine (section 2).*

Section 1. La dissuasion, fonction intrinsèque de la peine

333. La peine se distingue des autres sanctions par les fonctions répressives qu'elle assume. Ces fonctions sont de deux ordres, moral d'abord, il s'agit de la rétribution, social ensuite, il s'agit de la prévention du comportement qui s'exerce de manière générale par la dissuasion, ou de manière spéciale par l'élimination, la neutralisation ou la réadaptation sociale de l'auteur du comportement sanctionné. Les conceptions modernes de la peine tendent à mettre en avant la fonction préventive de la peine et à reléguer au second plan la fonction rétributive de la peine. Ainsi, Monsieur Van de Kerchove

[560] F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *op.cit*.
[561] « Peine », *in Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant*. 9ème éd., Paris : PUF, 2011.

remarque qu' « au regard des conceptions qui ont très largement dominé durant ces deux derniers siècles, on serait tenté de dire que les peines, quelle que soit leur nature, remplissent avant tout une fonction de prévention, c'est-à-dire de freiner, voire d'empêcher l'accomplissement de comportements jugés indésirables »[562]. Alors, la dissuasion, qui est une manifestation de la prévention générale, apparaît comme une des fonctions intrinsèques de la peine. Ce constat se confirme avec l'analyse de *la notion de peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme (§1).* L'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme transcende les qualifications internes de sanctions civiles, pénales ou administratives. Elle permet ainsi d'appréhender la spécificité des peines. Le lien entre la peine et la dissuasion se confirme en analysant *la notion de peine privée (§2).*

§1. La notion de peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme

334. L'approche des notions de « matière pénale » et de « peine » qui est faite par la Cour européenne de droits de l'Homme s'intéresse particulièrement aux fonctions du droit pénal et de la peine. L'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales garantit le respect, par les Etats signataires, d'un certain nombre de droits processuels, regroupés sous l'appellation « droit à un procès équitable ». Ces garanties sont accordées dans deux hypothèses, en cas de contestation sur des droits et obligations de caractère civil, et en cas d'accusation en matière pénale. L'article 7 de la Convention consacre le principe de légalité des délits et des peines[563] et celui de la non-rétroactivité de la loi pénale, principes qui doivent être respectés par les Etats signataires. Le champ d'application des droits et libertés conférés par ces articles dépend donc étroitement des notions de peine et de matière pénale. La Cour européenne des droits de l'Homme rejette une approche formelle de ces notions, consistant à entériner la qualification retenue en droit interne par l'Etat dont la mesure est contestée. Généralement, elle qualifie les notions desquelles dépendent le champ

[562] M. VAN DE KERCHOVE, *op. cit*., p. 25.
[563] Le terme de peine, tel qu'il est employé par l'article 7, se rapproche très fortement de l'expression sanction pénale. En effet, la peine est ici employée comme conséquence d'une « infraction » ou d'une « action ou une omission […] criminelle ».

d'application de la Convention de « notions autonomes ». Elle ne s'estime pas tenue par les qualifications internes des Etats signataires lorsqu'elles ont une influence sur le champ d'application de ces garanties. Le recours aux notions autonomes empêche les Etats signataires de soustraire l'application des garanties accordées par la Convention européenne des droits de l'Homme en qualifiant des situations, qui entrent pourtant dans le champ d'application d'un de ses articles, d'une autre manière. A défaut, il suffirait à un Etat de ne pas qualifier certaines sanctions de pénales pour faire sortir ces sanctions et les accusations menées sur ce fondement du champ d'application des garanties accordées aux citoyens par les articles 6 et 7 de la Convention[564]. Toutefois, la qualification d'« accusation en matière pénale » ou de « peine » par la Cour européenne des droits de l'Homme ne modifie pas la nature de la mesure en droit interne, et les Etats restent libres de leur qualification. La Cour vérifie simplement si les garanties accordées par les dispositions de la convention sont respectées par les Etats. Ainsi, elle peut constater que contrairement à la qualification retenue en droit interne, une accusation relève de la matière pénale, et décider concomitamment que les garanties accordées par l'article 6 de la Convention sont respectées par la législation de l'Etat. Ainsi, la notion de « matière pénale », qui conditionne l'application de l'article 6 de la Convention et la notion de « peine », qui conditionne l'application de l'article 7, sont des notions autonomes. La qualification d'une matière de pénale ou d'une sanction de peine par la Cour européenne des droits de l'Homme n'entraîne pas une requalification de la matière ou de la peine en droit interne. Elle n'entraîne pas non plus nécessairement une condamnation de l'Etat pour violation de la Convention[565]. Les Etats restent libres de leur qualification. La qualification ainsi retenue permet simplement à la Cour européenne des droits de l'Homme d'opérer son contrôle et de vérifier si la législation de l'Etat est conforme aux garanties accordées par la Convention.

335. Les critères employés par la Cour européenne des droits de l'Homme pour qualifier la matière de pénale ou la sanction de peine permettent d'appréhender la nature

[564] Par exemple, contrairement à leur qualification en droit interne, les sanctions fiscales relèvent de la matière pénale : CEDH, arrêt Bendenoun c/ France du 24 février 1984 – CEDH, arrêt A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse du 29 août 1997 – CEDH, arrêt *Jussila* c/ Finlande du 23 novembre 2006.

[565] CEDH, arrêt Malige c/ France du 23 septembre 1998 : la Cour considère que le retrait de points de permis de conduire relève de la matière pénale, contrairement à sa qualification en droit interne. Toutefois, elle juge que l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme est respecté.

même de la peine puisqu'elle est indépendante de toute volonté législative. Depuis l'arrêt *Engel* et autres c/ Pays-Bas[566], trois critères sont appliqués pour déterminer si une accusation relève de la matière pénale. Le premier critère, la qualification en droit interne, n'est pas déterminant. C'est un simple indice examiné par la Cour. Généralement, le recours à la notion autonome de « matière pénale » permet d'étendre le champ de la protection à des matières qui n'ont pas été qualifiées comme telle par les Etats. Il arrive parfois, que la Cour écarte cette qualification pourtant retenue par le droit interne[567]. Les deux autres critères sont alternatifs. Il s'agit de la nature de l'infraction ainsi que de la nature et la sévérité de la sanction. La prise en considération de la fonction dissuasive de la sanction pour qualifier la matière de pénale apparaît dans l'un et l'autre des critères. Lorsque la nature de l'infraction ou celle de la sanction implique que le but recherché est la dissuasion, la Cour tend à retenir la qualification de matière pénale et ce, quelle que soit la sévérité de la sanction. Un arrêt rendu dans le domaine fiscal par la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'Homme illustre la prise en considération de l'objectif dissuasif de la mesure considérée pour la qualifier de pénale. Elle retient que « les majorations d'impôt ne tendaient pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice mais visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération des agissements incriminés. On peut dès lors en conclure que les majorations infligées étaient fondées sur une norme poursuivant un but à la fois préventif et répressif. Cette considération suffit à elle seule à conférer à l'infraction infligée un caractère pénal »[568]. Les fonctions de la sanction relevées par la Cour pour la qualifier de pénale sont de punir et d'empêcher la réitération des agissements incriminés. Ce sont donc la répression et la dissuasion (sous le terme de prévention) qui sont visées. La référence à ces fonctions « suffit à elle seule » à qualifier la mesure envisagée de pénale. Peu importe la qualification en droit interne, ainsi que la sévérité de la mesure envisagée. La dissuasion est donc un indice fort du caractère pénal de la sanction. Ce lien, entre fonction dissuasive et nature pénale de la sanction a été

[566] CEDH, arrêt *Engel* et autres c/ Pays-Bas du 8 juin 1976, § 81 à 90.
[567] CEDH, arrêt *Escoubet* c/ Belgique du 28 octobre 1999.
[568] CEDH, arrêt *Jussila* c/ Finlande du 23 novembre 2006, § 38.

relevé dans d'autres affaires par la Cour européenne des droits de l'Homme afin de retenir la qualification de matière pénale[569].

336. Les mêmes constatations peuvent être opérées pour les critères de la peine au sens de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour applique les mêmes critères pour déterminer si une mesure est une peine que pour savoir si une accusation relève de la matière pénale[570]. Plusieurs indices permettent de qualifier une mesure de peine : d'abord, la mesure doit être imposée à la suite d'une infraction, ensuite, d'autres éléments doivent être pris en considération, à savoir « la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité »[571]. La fonction dissuasive de la mesure est, là encore, un indice fort du caractère pénal de la sanction. Le lien entre la peine et l'exercice d'une sanction dissuasive est confirmé par les travaux consacrés à l'étude des peines privées.

§2. La notion de peine privée

337. Les sanctions civiles ont pour vocation première de réparer le dommage causé par le comportement sanctionné. L'existence de ces sanctions réparatrices exerce marginalement un rôle dissuasif. Mais, en pratique, l'effet dissuasif exercé par les sanctions civiles, principalement réparatrices, est très faible[572]. Pourtant, certaines sanctions civiles ont un effet comminatoire marqué. Il s'agit des peines privées, adoptées par le législateur dans cet objectif. Les peines privées étaient parfois considérées comme archaïques[573], renvoyant à une époque révolue, où régnait la justice privée, lorsque la sanction des comportements socialement néfastes n'était pas assurée par la collectivité

[569] CEDH, arrêt *Öztürk* c/ Allemagne du 21 février 1984, § 53 – CEDH, arrêt A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse du 29 août 1997, § 41 – CEDH, arrêt *Lauko* c/ Autriche du 2 septembre 1998, § 58 – CEDH, arrêt Malige c/ France, 23 septembre 1998, § 39 – CEDH, arrêt *Janosevic* c/ Suède du 23 juillet 2002, § 68 – CEDH, arrêt *Ezeh et Connors* c/ Royaume-Uni du 9 octobre 2003, § 102.
[570] CEDH, arrêt *Welch* c/ Royaume-Uni du 9 février 1995 – CEDH, arrêt Jamil c/ France du 8 juin 1995 – CEDH, arrêt X c/ France du 27 septembre 1995.
[571] CEDH, arrêt *Welch* c/ Royaume-Uni du 9 février 1995, § 28.
[572] V. *infra* n° 550.
[573] P. ESMEIN, « Peine ou réparation », *in Mélanges Paul Roubier*, Paris : Dalloz, 1961, p. 37.

mais par ses victimes[574]. De plus, selon une conception évolutive du droit, les peines privées ne seraient qu'une étape de la dissociation de la peine et de la réparation[575]. Les systèmes primitifs de droit ne connaîtraient que des peines destinées à réprimer l'auteur de l'acte délictueux. En raison de la volonté de vengeance et de réparation des victimes, ces peines seraient dans un second temps prononcées à leur profit. Enfin, en raison du renforcement de l'Etat, la réparation du dommage causé aux victimes prendrait son autonomie complète par rapport aux peines prononcées en exécution de la responsabilité pénale. Les peines privées, qui se situent à la frontière des sanctions pénales et des sanctions civiles, ne seraient qu'une survivance de la confusion de ces deux ordres de responsabilités, destinées à disparaître avec l'achèvement de la séparation de la responsabilité pénale, qui tendrait uniquement à punir le responsable, et de la responsabilité civile, dont la mise en œuvre tendrait uniquement à réparer les dommages causés aux victimes. Cette conception évolutive du droit est en grande partie erronée et donne une vision trop manichéenne de la distinction de la peine et de la réparation[576]. L'étude des travaux consacrés à la notion de peine privée est particulièrement instructive pour saisir ce qui différentie la peine des autres sanctions. En effet, en matière pénale, les études consacrées à la peine sont nombreuses. Cependant, les contours de la peine se font par opposition aux mesures de sûretés qui ont un caractère pénal important et qui constituent des sanctions pénales. Ils ne définissent pas la peine par opposition aux sanctions non pénales. A l'inverse, les auteurs qui s'intéressent à la notion de peine privée sont obligés d'identifier, parmi les sanctions civiles, celles qui constituent des peines. Ils doivent alors dégager l'essence même de la peine par opposition à celle de la réparation.

338. Au début du XX^{ème} siècle, la notion de peine privée a été renouvelée par Hugueney, dans sa célèbre thèse consacrée à l'idée de peine privée en droit contemporain. Il a montré que, loin d'avoir disparu, les peines privées subsistent en droit positif. Il

[574] Le concept de justice privée renvoie aux sociétés primitives dans lesquelles les victimes, en raison de l'inexistence ou de la faiblesse de l'Etat, choisissent elles-mêmes la sanction la plus appropriée à punir le coupable et à leur donner satisfaction par la vengeance qu'elle opère ou par le profit qu'elles en retirent. Cette situation de maîtrise totale de la peine par la victime, aussi bien dans son établissement, dans son application, que dans son exécution est qualifiée par Monsieur Hugueney de « peine privée parfaite » (L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Arthur Rousseau, 1904, p. 3).

[575] B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Paris : LGDJ, 2007, n° 2 ; P. ESMEIN, « Peine ou réparation », *in Mélanges Paul Roubier*, t. II, Paris : Dalloz, 1961, p. 37.

[576] A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris : LGDJ, 2005, n^{os} 45 et s. Sur les points de contact entre les fonctions assignées à la responsabilité civile et la responsabilité pénale v. *supra* n° 49 et les références citées.

définit les peines privées par opposition à la réparation et il propose trois critères permettant de les identifier. Le premier critère est un critère objectif et se rapporte à l'évaluation de la sanction[577]. Contrairement à la réparation qui est limitée par le montant du dommage, la peine privée procure un avantage à la victime. Ainsi, lorsque le montant de la sanction dépasse la réparation à laquelle peut prétendre la victime, c'est un indice fort de l'existence d'une peine privée. Le deuxième critère est un critère subjectif qui se rapporte à la nature du comportement sanctionné[578]. Si réparation et peine sont toutes deux fondées sur la faute, elles le sont à un degré différent. La faute est un « élément caractéristique » de la peine, elle ne l'est pas nécessairement pour la réparation, qui pourrait exister sans faute[579]. Le troisième critère, qui a une place centrale dans la conception de la peine privée développée par Hugueney, est un critère téléologique. Peine et réparation ne poursuivent pas le même but : « la peine vise l'auteur du dommage ; la réparation se préoccupe de la victime »[580]. Ainsi, les peines privées exercent les mêmes fonctions que les sanctions pénales. Elles tendent à influer sur le comportement de l'auteur de l'acte illicite tandis que les sanctions civiles classiques tendent à réparer les dommages causés. Elles se situent donc à la frontière du droit pénal et du droit civil. Véritables sanctions civiles, elles « profit[ent] à l'individu, plus exactement à la victime »[581], par opposition aux peines qui, le cas échéant, profitent à l'Etat. Pourtant, elles assurent les objectifs répressifs normalement dévolus aux sanctions pénales, c'est-à-dire la répression des comportements prohibés et la prévention de ces comportements par l'intimidation qu'elles exercent sur les destinataires de l'obligation ainsi sanctionnée.

339. L'influence des travaux de Hugueney dans la compréhension de la notion de peine privée est, encore aujourd'hui, très importante. Ainsi, pour tous les auteurs qui s'intéressent à la notion de peine privée, le critère téléologique a une importance

[577] L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 25 et s.
[578] *Ibid.*
[579] Ce constat est encore plus vrai à l'heure actuelle avec l'objectivation de la responsabilité civile qui s'est produit tout au long du XX[ème] siècle. D'une part, la faute est désormais comprise objectivement, la conscience de l'individu n'est plus exigée pour la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. D'autre part, de nombreux régime de responsabilité objectifs ont vu le jour, la faute n'est plus, dans tous les cas, une condition de la réparation.
[580] L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 27
[581] L. HUGUENEY, *op. cit.*, p. 17.

fondamentale[582]. En effet, l'existence même de la catégorie de peine privée se justifie parce qu'il existe des sanctions qui exercent des fonctions autres que celles généralement dévolues ou assurées par les sanctions civiles prononcées au bénéfice de la victime[583]. Ainsi, l'analyse fonctionnelle de la sanction révèle la différence de nature qui existe entre les peines privées et les autres sanctions civiles. La peine privée se définit par opposition à la réparation. Si les sanctions civiles ont normalement pour rôle la réparation des dommages causés, les peines privées s'en distinguent en ce qu'elles exercent les fonctions dévolues aux sanctions pénales. Elles assument deux fonctions principales que sont la prévention des comportements illicites et la répression de ces comportements. La distinction entre peine et réparation se place donc au cœur de l'identification des peines privées.

340. Cependant, la distinction fondée sur le critère téléologique, entre les peines privées et les autres sanctions civiles, principalement réparatrices, n'est pas aussi tranchée. La plupart des auteurs estiment que les peines privées ont une nature mixte. En effet, elles exercent toujours, au-delà des fonctions pénales, une fonction de réparation. A l'inverse, Monsieur Jault, s'appuyant sur les travaux de Madame Roujou de Boubée, retient une conception stricte et défend une conception fonctionnelle et unitaire de la peine privée, détachée de toute idée de réparation[584]. Selon lui, les peines privées sont des sanctions civiles qui exercent exclusivement des fonctions pénales. Un rapport d'information relatif à la responsabilité civile, déposé au Sénat en 2009, préconise l'introduction d'un type de peine privée en droit positif français, les dommages et intérêts punitifs[585]. La proposition est conforme à cette conception unitaire de la peine privée. Plutôt que de condamner l'auteur du dommage à des dommages et intérêts qui

[582] Le critère téléologique est souvent mis en avant dans la définition des peines privées. V. par exemple P. JOURDAIN, « Les peines privées : Rapport général », *in Travaux de l'association Capitant : L'indemnisation*, Paris : SLC, 2004, n° 1 : « Les peines privées sont des sanctions qui tendent à réprimer et à prévenir, par la dissuasion, des comportements jugés répréhensibles ».

[583] Exceptionnellement, certaines sanctions civiles sont prononcées au bénéfice de l'Etat. Dans cette hypothèse, la sanction est une amende qualifiée de civile, qui se distingue mal des amendes pénales ou administratives. M. BEHAR-TOUCHAIS, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p.36 n° 4 : « 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 ».

[584] A. JAULT, *op. cit.*

[585] A. ANZIANI et L. BETEILLE, *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile.* Paris : Sénat, 2009, p. 79 à 100.

assureraient à la fois la réparation du dommage et la répression de son comportement, il est recommandé d'admettre la possibilité pour le juge de prononcer des dommages et intérêts, à côté des dommages et intérêts compensatoires, qui assumeraient une fonction exclusivement pénale. Cette conception permet d'insister plus justement sur l'indépendance des peines privées avec la réparation ou les autres fonctions non pénales des sanctions[586]. Il n'est donc pas nécessaire, pour caractériser les peines privées, de relever que la sanction considérée exerce à la fois une fonction dissuasive ou répressive et une fonction réparatrice. Certaines peines privées n'exercent aucune fonction réparatrice. Pour autant, cette conception n'est pas conforme à la réalité. En pratique, comme toutes les sanctions, les peines privées conservent un caractère mixte et participent, lorsqu'il existe, à la réparation du préjudice subi par la victime.

341. Le caractère mixte des peines privées obscurcit la distinction entre les peines privées et les autres sanctions civiles et complique ainsi l'identification des peines privées, et plus généralement des peines, par le critère téléologique. La mise en œuvre de ce critère se heurte également à l'imprécision des concepts de peine et de réparation. Ce sont des concepts fuyants, qui ne sont pas définis par la loi. Si l'objectif de la réparation est relativement clair, à savoir, replacer la victime dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence d'acte illicite, les objectifs de la peine sont plus diffus. En effet, au fil du temps et des doctrines dominantes, les fonctions assignées aux peines évoluent : rétribution, prévention, éducation, voire réparation… En outre, les peines exercent simultanément plusieurs fonctions parfois contradictoires. L'opposition de la peine et de la réparation s'en trouve troublée. C'est la définition fonctionnelle des peines qui est incertaine. Tout comme les peines, les peines privées assurent des fonctions multiples. Les termes anglais qui désignent les dommages et intérêts punitifs – exemple typique de peine privée – traduisent la pluralité des fonctions assumées par les peines privées. Aux Etats-Unis, le terme *punitive damages* sera employé, alors qu'au Royaume uni l'expression *exemplary damages* sera préférée. Si ces expressions sont regardées comme équivalentes, la première qui se traduit par dommages et intérêts punitifs, insiste sur la fonction punitive des peines privées par la punition du coupable qu'elles opèrent, la seconde, qui se traduit par dommages et intérêts exemplaires, insiste sur la fonction

[586] V. *infra* n° 345.

préventive des peines privées, assurée au moyen de l'intimidation. Face au constat de la diversité fonctionnelle des peines privées, Monsieur Crémieux montre que la notion de peine privée n'est pas unitaire mais plurale. Il élargit ainsi la catégorie des peines privées et dresse une typologie de ces sanctions en fonction de leur but : préventif, répressif, réparateur[587].

342. Pour conclure, l'analyse fonctionnelle des sanctions permet de révéler la spécificité des peines. Les peines sont des sanctions qui exercent des fonctions répressives. Parmi ces fonctions, la dissuasion est l'un des objectifs principaux de la peine. Ainsi, l'édiction d'une peine est une des manières dont le prononcé d'une sanction permet de prévenir la violation de la loi. En effet, l'incrimination d'un comportement le marque comme contraire aux valeurs partagées par le corps social. Les caractères infamants et afflictifs attribués aux peines pénales suffisent à dissuader certaines personnes d'adopter le comportement prohibé. En outre, certaines peines, comme l'emprisonnement, présentent une gravité que n'atteignent pas les sanctions civiles et intimident d'autant plus les destinataires de l'obligation. D'ailleurs, malgré le caractère évolutif des fonctions assignées aux sanctions pénales, la dissuasion est un effet constamment recherché, et constamment constaté des sanctions pénales. Pour Bentham, qui fût le premier à défendre une conception utilitaire de la peine, le but de prévenir les actes antisociaux est la justification de la peine qui permet de distinguer les peines d'autres actes qui infligent un mal à l'individu, comme les actes de vengeance, de torture ou de défense personnelle[588]. Elle permet d'influer sur les comportements sociaux et elle est particulièrement intéressante pour assoir un droit nouveau, qui prohibe des comportements jusqu'alors admis. Finalement, l'analyse téléologique est fondamentale parce qu'elle permet d'expliquer l'essence qui différencie les peines dans l'ensemble des sanctions. Cependant, elle est trop incertaine pour en faire un critère unique d'identification des peines parce que « le but d'une institution est souvent trop imprécis pour fonder un véritable critère »[589]. Il apparaît dès lors nécessaire de caractériser les

[587] M. CREMIEUX, « Réflexions sur la peine privée moderne », *Etudes P. Kayser*, t.2, p. 261, n^{os} 20 et s.
[588] BENTHAM, *Œuvres de Jérémie Bentham. 2, Théorie des peines et des récompenses. Traités des preuves judiciaires*, Bruxelles : Société belge de librairie, 1840, p. 7 et s. : « D'après le principe de l'utilité, les peines légales sont des maux infligés, selon des formes juridiques, à des individus convaincus de quelque acte nuisible, défendu par la loi, et dans le but de prévenir de semblables actes »
[589] M. CREMIEUX, *op. cit.*, n° 24.

peines par d'autres critères, plus concrets, qui, en s'attachant aux conditions et aux effets de la sanction, mettent en lumière le caractère pénal de la sanction.

Section 2. Les conditions de mise en œuvre de la sanction, révélateur de l'existence d'une peine

343. L'analyse des travaux consacrés aux peines privées a montré que la peine se distingue des autres sanctions par les fonctions répressives qui lui sont assignées. Mais l'analyse téléologique de la sanction ne suffit pas à isoler les peines. D'autres critères ont été ajoutés par ces auteurs qui ont cherché à définir les peines par opposition aux sanctions principalement réparatrices. Ces critères se rattachent essentiellement aux conditions de la sanction. En effet, la différence de fonction exercée par ces deux types de sanctions se traduit dans les modalités de leur mise en œuvre. Pour toutes les sanctions, les conditions peuvent être regroupées en deux catégories, celles qui concernent la qualification du comportement sanctionné, et celles qui concernent les conséquences matérielles de ce comportement. Tandis que les conditions de mise en œuvre d'une peine sont centrées autour de la définition du comportement sanctionné, qu'il faut prévenir ou, à défaut, réprimer, celles des sanctions réparatrices sont centrées autour du préjudice subi par la victime, qu'il faut réparer en la replaçant, autant qu'il est possible, dans la situation qui aurait été la sienne en l'absence de faute. Les peines se distinguent donc des sanctions principalement réparatrices parce que les conditions relatives aux comportements sanctionnés occupent une place centrale et parce que, corrélativement, l'existence d'un préjudice est indifférente. Ainsi, contrairement aux sanctions essentiellement réparatrices dont la mise en œuvre est subordonnée à l'existence d'un préjudice, la constatation d'un *comportement fautif est une condition suffisante de la peine (§1).* La considération du résultat dommageable n'est toutefois pas complètement étrangère au prononcé d'une peine, seulement, elle n'est pas toujours érigée en condition de la peine. Il apparaît que *la peine entretient des rapports spécifiques au dommage et au préjudice (§2).*

§1. La faute, condition suffisante de la peine

344. Dans sa thèse consacrée à la notion de réparation, Madame Roujou de Boubée déduit de l'opposition de la peine et de la réparation les fondements respectifs de chacun. Alors que le préjudice est le fondement nécessaire et suffisant de la réparation[590], la faute est le fondement nécessaire et suffisant de la peine[591]. De cette manière, elle insiste sur le rôle primordial que joue la faute dans la caractérisation des peines. D'une part, la peine ne peut être fondée que sur la faute. D'autre part, l'existence d'un dommage n'est pas une condition nécessaire au prononcé d'une peine. Cette analyse découle de la différence profonde qui existe entre peine et réparation. La réparation vise à rétablir la situation qui aurait existé en l'absence de violation de l'obligation sanctionnée. Elle ne trouve sa raison d'être que dans l'existence d'un préjudice qui doit être réparé. L'origine du dommage est secondaire et certaines mesures réparatrices sont prononcées en l'absence de faute. A l'inverse, le prononcé d'une peine répond à des objectifs qui ont une connotation hautement morale. La punition des comportements antisociaux et la dissuasion de ces mêmes comportements ne peuvent intervenir qu'à condition que le comportement sanctionné soit fautif. En effet, le fondement de la sanction doit traduire le fait que ces fonctions sont centrées autour du comportement de l'auteur de l'acte dommageable, soit pour l'intimider et le dissuader d'agir, soit, à défaut, pour le réprimer.

345. Pour certains, dès qu'une sanction est fondée sur une faute, il s'agit d'une peine[592]. Cette conception opère une confusion entre le concept de sanction, qui est la conséquence de la violation d'une obligation, et donc la conséquence d'une faute, et celui de peine. La catégorie des peines perdrait alors toute spécificité. L'exigence d'une faute permet de départager les sanctions des mesures exclusivement réparatrices, qui ont un fondement purement objectif, comme par exemple celui de la garantie proposé par Starck, mais elle ne permet pas d'isoler les peines au sein des sanctions. En effet, malgré

[590] M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p. 69 et s.
[591] M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p. 59 et s.
[592] STARK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris : L. Rodstein, 1947. Dans sa thèse, il développe l'idée selon laquelle dès que la responsabilité civile est fondée sur la faute, elle constitue une peine privée. Il préconise de faire le partage, même lorsque l'indemnisation correspond au préjudice subi entre la part de l'indemnisation qui relève de la garantie due même en l'absence de faute, et celle qui relève de la peine, fondée sur la faute. V. également M. CREMIEUX, *op. cit.* : « La faute permet de faire le partage entre la peine privée et les sanctions essentiellement restitutives ».

l'objectivation de la responsabilité civile, qui touche aussi bien le concept de faute que les conditions de la responsabilité, certaines mesures réparatrices restent toutefois des sanctions lorsqu'elles ne peuvent être prononcées qu'en présence d'une faute, voire d'une faute lourde ou intentionnelle. La responsabilité contractuelle en fournit un bon exemple. En principe, l'inexécution d'une obligation n'ouvre droit pour le créancier qu'à l'indemnisation des seuls dommages prévisibles[593]. Mais, en application de l'article 1151 du Code civil, lorsque l'inexécution du débiteur constitue une faute dolosive, à laquelle la jurisprudence assimile la faute lourde, le créancier a droit à réparation de « ce qui est une suite directe et immédiate de l'inexécution de la convention ». Cette sanction est parfois qualifiée de peine privée. Elle peut également s'analyser en un retour au droit commun de la responsabilité extracontractuelle. En commettant une faute lourde ou un dol, le débiteur d'une obligation contractuelle perd le bénéfice des mesures spéciales applicables à la responsabilité contractuelle et le principe de la réparation intégrale du préjudice subi par la victime doit s'appliquer. La mise à l'écart de la limitation de l'indemnisation en cas d'inexécution de son obligation par le débiteur réprime la faute dolosive ou la faute lourde qu'il a commise. En ce sens, cette sanction exerce des fonctions pénales. Cependant, le lien étroit qu'entretiennent le prononcé de la responsabilité contractuelle et l'étendue de l'indemnisation avec le préjudice subi par le débiteur s'oppose à ce que cette sanction soit qualifiée de peine privée.

346. La différence entre les peines et les sanctions principalement réparatrices réside dans le fait que la faute est une condition nécessaire et suffisante de la peine. D'abord, contrairement aux mesures réparatrices, la peine est toujours une sanction dont la mise en œuvre ne peut être que la conséquence d'une faute. Ensuite, la faute suffit à déclencher l'application de la peine, il n'est généralement pas nécessaire pour prononcer une peine que le comportement ait, en outre, été préjudiciable. Il en résulte que la faute qui conditionne l'application d'une peine n'est pas en tout point identique à la faute qui conditionne l'application de sanctions principalement réparatrices. Pour ces dernières, la fonction réparatrice qu'elles assument incite à retenir une conception de la faute aussi large que possible afin d'étendre au maximum la réparation des préjudices qui en découlent. En matière de responsabilité civile extracontractuelle, la notion de faute est

[593] Article 1150 du Code civil.

devenue purement objective pour favoriser la réparation. Ainsi, elle est caractérisée par son seul élément matériel, apprécié *in abstracto*, sans avoir égard à toutes les facultés individuelles de la personne sanctionnée[594], ou sa conscience[595]. Concernant les peines, l'élément moral de la faute a une importance particulière. Ainsi, seule une faute subjective, c'est-à-dire imputable à son auteur, peut fonder une peine privée[596]. En effet, l'idée que la sanction puisse être prononcée doit agir sur la psychologie de la personne sanctionnée. Si cette dernière n'a aucune conscience de la portée de ses actes, soit en raison de son jeune âge, soit en raison de l'altération de ses facultés intellectuelles, la peine ne peut pas assumer de fonctions répressives. En outre, l'application d'une sanction punitive à une personne qui ne comprend pas la portée de ses actes paraît moralement choquante. D'ailleurs, la répression pénale est conditionnée à la conscience de la personne responsable[597].

347. Etudiant les peines prononcées au profit de personnes privées, certains auteurs estiment en outre qu'il ne peut y avoir de peine privée que si la faute sanctionnée présente une certaine gravité[598]. L'application d'une telle sanction serait disproportionnée pour les fautes légères. Les peines privées étant des sanctions punitives, elles ne devraient sanctionner que les comportements les plus graves, les fautes lourdes ou inexcusables, voire se limiter à la sanction des fautes intentionnelles. La limitation des peines privées à la sanction des fautes qualifiées s'inscrit dans un discours prospectif qui recherche les hypothèses dans lesquelles il serait opportun d'édicter des peines privées, plus précisément d'introduire des dommages et intérêts punitifs.

---

[594] DEJEAN de la BATIE N., *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français.* Paris : LGDJ, 1965, n^{os} 18 et s.

[595] Concernant les majeurs, l'article 414-3 du Code civil dispose que « celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation ». Concernant les mineurs, la responsabilité extracontractuelle des *infantes* non encore doués de discernement a été admise par les très importants arrêts rendus par l'assemblée plénière le 9 mai 1984.

[596] S. CARVAL, *op. cit.*, n° 297.

[597] Art. 122-1 C. pén. : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ».

[598] Les propositions doctrinales récentes recommandant la consécration en droit français de dommages et intérêts punitifs montrent que la position sur ce point évolue. Il y a peu de temps encore, cette introduction n'était envisagée que pour la sanction des comportements les plus graves. Elle est désormais envisagée pour les fautes dites lucratives, moralement plus légères, mais qui engendrent d'importants gains pour l'auteur du comportement illicite. V. *infra* n^{os} 74 et s. et les références citées.

348. Pourtant en théorie, rien ne s'oppose à ce qu'une faute simple, caractérisée par l'imprudence ou la négligence de son auteur, suffise à fonder le prononcé d'une peine privée. Ainsi, les sanctions pénales sont prévues pour la sanction de tout type de faute, y compris très légère comme le manquement involontaire à une obligation d'information[599]. En droit de la consommation, la sanction des fautes dont la gravité peut sembler très légères par des peines se justifie particulièrement. D'une part, leur qualité de professionnel leur impose d'avoir une connaissance renforcée du droit de la consommation, principalement dans leur domaine d'activité. La sanction de fautes, même légères, permet d'assurer que les professionnels se conforment à ces exigences et punit ceux qui agissent aux mépris des législations protectrices des consommateurs, pourtant adoptées depuis de nombreuses années. D'autre part, pour apprécier réellement la gravité de la faute commise par le professionnel, elle doit être replacée dans le contexte de la consommation de masse. La violation de la loi dénoncée est nécessairement répétée du fait de la standardisation des biens et des services proposés aux consommateurs et des contrats de consommation conclus. D'ailleurs, en droit de la consommation, les peines privées qui sont parfois prononcées comme la déchéance du droit aux intérêts[600] apparaissent souvent très légères lorsqu'elles sont envisagées dans un rapport unique de consommation[601]. La peine, qu'elle soit pénale ou privée, conserve dans ces hypothèses des effets préventifs et répressifs importants, en obligeant les professionnels à être particulièrement diligents lorsqu'ils contractent un contrat de consommation et, le cas échéant, en marquant la désapprobation de la société à l'égard de leur comportement.

349. En dernière analyse, la gravité de la faute sanctionnée n'est pas un critère permettant d'identifier les peines privées, et plus généralement les peines. Ces dernières se caractérisent par les rapports particuliers qu'elles entretiennent avec le dommage et le préjudice.

---

[599] V. *infra* n° 364. Dans cette hypothèse, l'élément moral nécessaire à constater l'infraction est très faible, il faut relever la conscience de l'individu de violer le droit de la consommation, conscience qui sera déduit de ses facultés mentales. Il sera donc déduit de la simple constatation que le formalisme a été violé, même si cette violation n'est pas intentionnelle et résulte d'une simple négligence du professionnel.

[600] V. *infra* n^{os} 435 et s.

[601] Civ. 1ère, 17 juillet 2001, pourvoi n° 98-22.364 ; *Bull. civ. I*, n° 233 ; *D.*, 2002, p. 71, note D. MAZEAUD ; *JCP G*, 2002, obs. E. BAZIN : La déchéance du droit aux intérêts sanctionne l'emploi d'un modèle-type établi par le pourvoir règlementaire mais contraire à la loi parce qu'il n'a pas été mis à jour des dernières modifications législatives

§2. Les rapports spécifiques de la peine au dommage et au préjudice

350. Il est d'usage d'employer les termes de dommages et de préjudices comme équivalents[602]. Cependant, conformément à l'étymologie de ces deux termes, certaines analyses doctrinales ont montré qu'ils peuvent désigner deux réalités distinctes[603]. Le dommage désigne une atteinte aux intérêts d'une personne. Cette atteinte peut se manifester comme une atteinte à son intégrité physique, ou une atteinte à ses droits patrimoniaux ou extrapatrimoniaux. Le préjudice désigne les conséquences néfastes de cette atteinte pour une personne. Souvent, dommage et préjudice se confondent, mais il est des hypothèses dans lesquelles il existe un dommage sans préjudice. Par exemple, la tromperie provoque nécessairement un dommage constitué par l'atteinte à un droit extrapatrimonial, la liberté du consentement d'une personne. Mais elle ne provoque pas nécessairement un préjudice si le contrat conclu sur la base d'une erreur provoquée, satisfait néanmoins pleinement la victime de la tromperie. Il apparaît alors que l'existence d'un dommage est appréciée *in abstracto*, en se référant aux droits de l'intéressé, tandis que le préjudice est apprécié *in concreto*, en recherchant quelle perception le titulaire du droit atteint a de ce dommage. Dès lors, l'étendue des préjudices dont souffre la victime d'un dommage varie en fonction des circonstances concrètes de la survenance du dommage, des conséquences variables du comportement dommageable, de la perception qu'en a la victime, voire de ses facultés physiques et intellectuelles personnelles. Monsieur Ollard a montré que la distinction du dommage et du préjudice présente de nombreux intérêts en droit pénal, notamment pour expliquer la diversité des infractions pénales au regard du résultat pénal[604].

351. Plus généralement, cette distinction permet de percevoir la différence de nature qui existe entre les peines et les sanctions principalement réparatrices. Alors que la démonstration d'un dommage et d'un préjudice sont toujours des conditions des sanctions

[602] « Dommage » et « Préjudice », *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant.* 8ème éd., Paris : PUF, 2007. Les définitions commencent par préciser que les termes sont synonymes dans l'usage régnant. En outre, les définitions principales proposées sont identiques : « Atteinte subie par une personne dans son corps (dommage corporel), dans son patrimoine (dommage matériel ou économique), ou dans ses droits extrapatrimoniaux (perte d'un être cher, atteinte à l'honneur) […] ».
[603] R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC*, 2010, p. 561.
[604] R. OLLARD, *op. cit.*, p. 564 et s.

principalement réparatrices, elle n'est pas nécessaire pour les peines dont l'existence d'une faute suffit à les justifier. Toutefois, l'édiction d'une peine n'est pas complètement étrangère aux conséquences que peut avoir le comportement adopté. Le comportement est sanctionné en raison de l'atteinte qu'il porte aux valeurs sociales partagées et aux conséquences préjudiciables qu'il est susceptible d'engendrer. Le caractère dommageable d'un comportement justifie qu'il soit puni. Le résultat redouté, que le législateur entend prévenir par l'édiction d'infractions pénales sanctionnées par des peines, n'est pas, comme pour les sanctions principalement réparatrices, envisagé comme une condition supplémentaire du prononcé d'une peine. Quand il est exigé, il est intégré à la définition du comportement sanctionné. Ainsi, l'existence *d'un comportement dommageable apparaît comme l'un des fondements de la peine (A)*. En revanche, *la peine est toujours indépendante du préjudice éventuellement subi par la victime (B).*

A. Un comportement dommageable, fondement de la peine

352. La faute est une condition suffisante pour prononcer une peine. Cependant, le législateur prohibe certains comportements et les sanctionne d'une peine parce qu'il redoute les conséquences socialement néfastes qu'ils sont susceptibles de provoquer, autrement dit, il redoute que ces comportements portent atteinte aux valeurs socialement protégées. La réalisation du dommage, comprise comme l'atteinte à la valeur sociale protégée, constitue la raison d'être de la peine. Le législateur « en fixant les seuils de la criminalité, entend prévenir les atteintes les plus graves aux intérêts représentatifs de l'ordre social »[605]. L'édiction de peines a donc pour rôle de sanctionner les comportements dommageables pour les personnes ou la société. Cependant, la réalisation d'un dommage ne participe pas systématiquement à la définition du comportement sanctionné par une peine. La potentialité du dommage causé à une personne ou d'une atteinte aux valeurs de la société suffit à justifier la pénalisation du comportement. Dès lors, le dommage est un fondement de la peine mais il n'est pas une de ses conditions nécessaires. Les rapports de la peine au dommage, entendu comme la lésion abstraite aux droits d'une personne, n'ont été que peu envisagés par les auteurs civilistes qui ont étudié les peines privées. Ils ont particulièrement insisté sur l'indépendance que présente le

[605] Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC*, 1983. p. 597, n° 10.

prononcé de la peine privée avec l'existence ou l'étendue du préjudice éventuellement subi par les victimes. En revanche la doctrine pénaliste, en accordant une attention particulière au résultat qui consomme l'infraction pénale[606], se préoccupe indirectement des liens qui existent entre le dommage et la définition des comportements sanctionnés. Ainsi, les infractions sont classées en fonction du résultat qui consomme l'infraction pénale. L'incrimination d'un comportement résulte toujours d'un choix de politique législative, qui tend à protéger certaines valeurs jugées essentielles à la vie en société, comme l'intégrité physique, la liberté ou la propriété, et à réprimer les atteintes portées à ces valeurs. L'atteinte à ces valeurs est appelé « résultat redouté ». Les infractions sont matérielles lorsque l'atteinte à la valeur est une condition de la consommation de l'infraction. En revanche, les infractions sont formelles lorsqu'elles sont consommées même si l'atteinte à la valeur que tend à protéger l'incrimination du comportement n'est pas réalisée.

353. Monsieur Ollard a montré l'intérêt que présente la distinction du dommage et du préjudice dans la classification des infractions pénales fondées sur le résultat, dommageable ou non, qui doit exister pour que l'infraction soit retenue[607]. La considération d'un dommage est presque toujours un élément de la *ratio legis* de l'incrimination. Cependant, elle n'a pas toujours la même place dans la définition du comportement prohibé. D'abord, certaines infractions sont indépendantes de tout dommage, entendu comme une atteinte portée aux droits d'une personne. Ainsi, les infractions dites d'intérêt général qui porte atteinte aux intérêts de l'Etat comme la fabrication de fausse monnaie, sont consommées en l'absence de dommage causé à une personne. Les infractions en droit de la consommation, si elles participent à protéger l'intérêt général comme toutes les incriminations pénales, ne sont pas des infractions d'intérêt général parce que les comportements sont incriminés en raison du dommage effectif ou potentiel que le comportement cause à un consommateur. Ensuite, pour les autres incriminations, la réalisation du dommage n'est pas toujours une condition de la consommation de l'infraction. Ainsi, la distinction entre des infractions matérielles,

[606] V. notamment : J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal.*, 1973, II, p. 764 ; S. KEYMAN, « Le résultat pénal », *RSC*, 1968, p. 781 ; Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice », *Les droits et le Droit, Mélanges B. Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807 ; P. SPITERI, « L'infraction formelle », *RSC*, 1966, p. 497.
[607] R. OLLARD, *op. cit.*, p. 564 et s.

autrement appelées infractions de résultat, et des infractions formelles repose sur le résultat de l'infraction pénale que doit provoquer le comportement incriminé pour consommer l'infraction pénale. L'infraction est une infraction matérielle lorsque la réalisation du dommage redouté est nécessaire pour que l'infraction soit consommée. Le meurtre, défini à l'article 221-1 du Code pénal comme « le fait de donner volontairement la mort à autrui », en est un exemple typique. Le dommage redouté est l'atteinte à la vie d'une personne, l'infraction n'est consommée que si ce résultat préjudiciable, recherché par l'auteur de l'infraction, est atteint. Par opposition, les infractions formelles sont consommées même lorsque la réalisation du dommage n'est pas une condition de l'infraction. Classiquement, elles désignent l'emploi d'un moyen, d'une *forme,* qui présente un lien de causalité direct avec le dommage redouté. Il faut, pour que l'infraction soit consommée, que le dommage soit la conséquence habituelle du comportement prohibé. Ainsi, contrairement au meurtre, l'empoisonnement, défini par l'article 221-5 du Code pénal comme « le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort », est une infraction formelle. Cette infraction est consommée, dès lors que la substance mortifère est employée ou administrée à la victime, quel que soit le dommage effectif, c'est-à-dire l'atteinte effective à la vie de la victime. Les incriminations de meurtre et d'empoisonnement tendent toutes deux à protéger la vie d'autrui. La première n'est consommée que si l'atteinte à la valeur protégée, la vie, est réalisée par le décès. La seconde est consommée même en l'absence d'atteinte à la valeur protégée, dès lors que le comportement a normalement pour conséquence ce dommage. L'édiction d'infractions formelles permet d'intervenir plus tôt dans le cheminement criminel en prohibant et en sanctionnant des comportements qui n'ont pas eu pour conséquence le dommage redouté. Cependant, la notion d'infraction formelle n'est pas unitaire et les auteurs multiplient les distinctions au sein de cette catégorie. Actuellement, le législateur tend à intervenir encore plus en amont de la réalisation du dommage en incriminant des comportements parfois qualifiés d'infraction-obstacles ou d'infractions de prévention[608]. Elles se rapprochent des infractions formelles parce que la réalisation du dommage, l'atteinte à la valeur protégée, n'est pas nécessaire à la constatation de l'infraction. Elles s'en écartent parce que, si pour les infractions formelles, la réalisation

[608] J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal*., 1973, II, p. 764 ; A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français,* Thèse de Doctorat, Université de Montpellier I, 2001.

du dommage est la conséquence directe du comportement prohibé, pour les infractions de prévention, l'atteinte à la valeur protégée n'apparait plus dans le texte d'incrimination comme le résultat de l'action criminelle, et l'infraction est consommée même si le comportement sanctionné n'est pas susceptible, dans les faits, de provoquer le résultat préjudiciable. Par exemple, l'infraction de conduite en état d'ébriété, définie à l'article R. 234-1 du Code de la route, est une infraction de prévention. La valeur protégée par l'incrimination de ces comportements est, comme pour le meurtre ou l'empoisonnement, la vie humaine. Néanmoins, l'atteinte à la valeur protégée par les comportements sanctionnés est très indirecte. Il n'est nécessaire, ni que l'attentat à la vie soit réalisé, ni qu'il soit une conséquence directement prévisible du comportement prohibé. Il suffit que la conduite en état d'ébriété soit constatée. Elle est sanctionnée parce que l'atteinte à la vie est une conséquence potentielle de ce type de comportement. Cependant, si la réalisation, même potentielle, du dommage est complètement indifférente à la consommation de l'infraction, son éventualité constitue la *ratio legis* de l'incrimination. Le législateur considère que ce type de comportement est un facteur important de dommage et que leur réalisation peut être prévenue par l'interdiction de ces comportements.

354. Il en résulte que les rapports de la peine à la réalisation du dommage sont variables. Cette dernière constitue toujours la *ratio legis* de l'incrimination parce que son éventuelle réalisation est un des facteurs qui explique la réprobation sociale envers le comportement incriminé. Mais avec la multiplication des infractions formelles et des infractions de prévention, elle est de moins en moins un élément de définition de l'infraction. En cela, les peines se distinguent nettement des sanctions principalement réparatrices. Pour elles, le dommage constitue également leur raison d'être. Mais cette justification n'est pas seulement théorique, la réalisation du dommage doit être effective et se manifester par un préjudice pour ouvrir droit à réparation. A l'inverse, la peine est complètement indépendante du préjudice subi par la victime.

B. L'indépendance de la peine à l'existence d'un préjudice

355. Alors que le dommage constitue une des justifications de la peine, l'existence et l'étendue du préjudice sont en principe complètement indifférentes dans le prononcé de la peine et dans le choix de la sanction. Contrairement au dommage, il ne justifie pas

l'incrimination du comportement. En effet, l'acte est moralement et socialement répréhensible en raison de l'atteinte abstraite qu'il porte au droit d'autrui, mais il ne dépend pas des conséquences concrètes du comportement. C'est pourquoi, en matière de responsabilité pénale, le consentement de la victime à une influence très limitée dans le caractère infractionnel du comportement. A l'inverse, le préjudice est une notion centrale dans la mise en œuvre des sanctions principalement réparatrices. Il est une condition nécessaire de ces sanctions. En outre, il a une influence capitale sur le choix et la mesure de la sanction mise en œuvre. La peine se distingue nettement des sanctions réparatrices par son indépendance par rapport au préjudice aussi bien dans les conditions de son prononcé que dans le choix de la peine. D'abord, le préjudice n'est pas une condition nécessaire au prononcé d'une peine. Seul le dommage est parfois érigé en condition de la sanction. Mais pour la peine, le dommage n'est pas envisagé de la manière dont l'est le préjudice pour les sanctions réparatrices. Elle se rattache au résultat qui consomme l'infraction pénale. Elle est alors un élément qui participe à définir le comportement prohibé et qui justifie la répression. Le préjudice, en revanche, n'a pas en théorie d'influence sur le prononcé et le choix de la peine.

356. L'indépendance du prononcé d'une peine par rapport à l'existence du préjudice est évidente lorsque le comportement sanctionné s'apparente à une infraction formelle ou à une infraction de prévention et que la réalisation du dommage n'est pas exigée pour mettre en œuvre la répression. En effet, si la réalisation d'un dommage est indifférente à la répression, *a fortiori*, l'existence d'un préjudice, qui est la conséquence du dommage, l'est également. Mais même lorsque le comportement sanctionné s'apparente à une infraction matérielle et que la réalisation du dommage est une condition de la peine, cette dernière garde son indépendance vis-à-vis du préjudice. Dans ces hypothèse, le préjudice existe souvent, mais la répression n'est subordonnée ni à sa démonstration, ni à son existence. Ainsi, les conditions de la sanction de la tromperie diffèrent suivant la nature de la sanction. L'infraction pénale de tromperie, définie à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, est consommée lorsque le dol d'une personne a provoqué un dommage, c'est-à-dire lorsqu'il a porté atteinte à l'intégrité du consentement en provoquant une erreur chez un contractant. Les sanctions pénales prévues en cas de tromperie pourront être prononcées indépendamment des conséquences préjudiciables pour la personne trompée, même si l'erreur provoquée n'a eu aucune influence sur la conclusion du contrat. En revanche, les sanctions civiles du dol sont subordonnées à la démonstration

d'un préjudice. La responsabilité délictuelle, fondée sur l'article 1382 du Code civil, ne peut être mise en œuvre que si la victime démontre l'existence d'un préjudice. De même, la nullité du contrat fondée sur l'article 1116 du Code civil, qui est une sanction réparatrice du dol, ne peut être mise en œuvre que si le dommage a eu des conséquences préjudiciables pour la victime. L'existence d'un préjudice n'est pas mentionnée expressément au titre des conditions de la nullité du contrat. Mais cette condition transparaît avec l'exigence du caractère déterminant de l'erreur provoquée par le dol.

357. Ensuite, l'indépendance de la peine par rapport au préjudice se vérifie au regard des considérations qui président le choix de la peine. Pour les sanctions réparatrices, la nature et l'étendue du préjudice sont fondamentales dans le choix de la sanction – réparation en nature ou exécution forcée d'une part, et dommages et intérêts d'autre part – ainsi que dans l'évaluation de l'étendue de la sanction. Par exemple, en vertu du principe de réparation intégrale qui s'applique en responsabilité civile extracontractuelle, la sanction prononcée doit réparer tout le préjudice et rien que le préjudice, sans avoir égard à la gravité de la faute commise. A l'inverse, l'étendue du préjudice n'a que peu d'influence dans le choix de la peine. Si l'existence ou l'étendue du préjudice est parfois pris en considération, les critères qui président au prononcé de la peine, notamment en matière pénale, se rapportent majoritairement à la personne sanctionnée. D'abord, la gravité de la faute à une influence sur la peine encourue. Les infractions pénales non intentionnelles, sont en principe des contraventions, sanctionnées par une peine d'amende qui ne peut excéder 1 500 euros. Ensuite, les juridictions répressives sont tenues d'individualiser les peines en tenant compte de la personnalité de l'auteur plus que de l'existence ou l'étendue du préjudice[609].

358. ***Conclusion du Chapitre 1.*** La peine est d'abord une « réaction sociale »[610] à un comportement jugé néfaste. Le plus souvent, la réaction de la société à l'égard du comportement intervient en raison du dommage qu'il provoque ou qu'il est susceptible de provoquer. Mais, les peines présentent des particularités au sein des sanctions parce qu'elles exercent des fonctions répressives, c'est-à-dire la prévention de la réalisation du comportement prohibé et la punition de l'infraction., L'analyse qui est faite par la Cour

[609] J. PRADEL, *Droit pénal général.* 18ème éd. rev. et augm., Paris : Cujas, 2010, n° 629.
[610] W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*. 2ème éd., Paris : Montchrestien, 1991, n° 372.

européenne des droits de l'Homme des notions de matière pénale et de peine, ainsi que l'analyse doctrinale de la peine privée, montrent que la dissuasion occupe une place centrale parmi les fonctions répressives des peines. Il faut donc être en mesure d'identifier cet, instrument principal de la dissuasion, en vue d'étudier l'efficacité des sanctions dissuasives à prévenir la réalisation de comportements prohibés dans les contrats de consommation. Les peines s'opposent à la réparation et elles peuvent être prononcées même en l'absence de conséquences préjudiciables, quelle que soit la nature de la sanction, civile ou pénale. En conséquence, la nature répressive des peines se traduit au niveau des conditions de la sanction. D'abord, la mesure ainsi qualifiée doit être fondée sur une faute imputable à son auteur, faute de quoi, leurs fonctions pénales ne pourraient s'exercer. Ensuite, si la réalisation du dommage peut parfois être intégrée à la définition du comportement sanctionné, le prononcé ou l'étendue de la sanction doit être indépendant de l'éventuel préjudice subi par le créancier de l'obligation sanctionnée, faute de quoi, la sanction serait une sanction principalement réparatrice. A ces deux conditions, l'opposition de la peine et de la réparation, dont le fondement nécessaire et suffisant est l'existence d'un préjudice, est donc totale. Dans les sanctions consuméristes, ce type de sanction est prépondérant.

Chapitre 2

La prépondérance des peines dans les sanctions consuméristes

359. Le législateur ne précise pas toujours la nature des sanctions de la violation des dispositions consuméristes. Mais quand il prévoit des sanctions spéciales, elles présentent dans la majorité des cas, les caractères d'une peine, ce qui imprime un fort caractère dissuasif aux sanctions consuméristes. D'abord, le législateur use, et abuse, de la sanction pénale par un *recours massif aux incriminations pénales (section 1)*. Plus rarement, dans les contrats de consommation, des conditions spéciales à l'application des sanctions civiles sont prévues par le législateur ou établies par la jurisprudence. Même lorsque des sanctions civiles peuvent être qualifiées de sanctions consuméristes, parce que les conditions de leur application sont propres à la violation des dispositions consuméristes, elles sont rarement principalement réparatrices. L'examen des conditions de leur mise en œuvre révèlent leur caractère de peine parce qu'elles tendent principalement à sanctionner une faute et parce que leur prononcé ou leur étendue est indépendante d'un éventuel préjudice subi par le consommateur. Ainsi, les sanctions pénales encourues ne sont pas les seules peines qui sanctionnent la violation des dispositions consuméristes. Certaines sanctions civiles exercent également, à titre principale des fonctions répressives. Ainsi, il existe de nombreuses *peines privées en droit de la consommation (section 2)*.

Section 1. Le recours massif aux incriminations pénales

360. Le législateur recourt massivement au droit pénal pour sanctionner la violation des dispositions consuméristes par les professionnels et les incriminations sont omniprésentes dans le Code de la consommation[611]. Les rapports du droit pénal avec les autres branches du droit sont complexes. Pour certains, il n'a pas d'autonomie propre. Ainsi, Rousseau remarquait déjà que les lois criminelles « sont moins une espèce particulière de loix que la sanction de toutes les autres »[612]. Cette vision du droit criminel n'est pas pleinement exacte. D'abord, les juridictions répressives sont autonomes, elles n'interprètent pas les notions civilistes, comme le contrat, de la même manière que les juridictions civiles[613]. Ensuite, le droit pénal n'est pas toujours sanctionnateur, il est parfois normatif. Ainsi, il participe à la définition des normes de comportement. En droit de la consommation, beaucoup de dispositions pénales ont un rôle simplement sanctionnateur et incriminent la violation de la règlementation des contrats de consommation[614]. Mais le rôle du droit pénal ne se limite pas à cela. Il a contribué à l'émergence du droit de la consommation. La première grande loi protectrice des intérêts des consommateurs, la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produits ou de services, était une loi pénale[615]. Récemment encore, la voie choisie pour intégrer la protection issue de l'importante directive européenne n° 2005/29/CE, relative aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, est celle du droit pénal. Les incriminations des pratiques commerciales trompeuses et des pratiques commerciales agressives participent à définir la protection consumériste. Plus indirectement, le recours massif au droit pénal est aussi un facteur contribuant à la consécration par la jurisprudence d'obligations civiles dont le champ d'application dépasse les contrats de consommation, comme l'obligation précontractuelle d'information ou l'obligation de sécurité.

---

[611] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*. 2ème éd., Paris : Litec, 2010, n° 1163.
[612] ROUSSEAU, *Du contrat social, ou principes du droit politique.* (Livre II, chap XII), p. 126.V. également :
[613] PH. BONFILS, « L'autonomie du juge pénal », *in Les droits et le Droit, Mélanges B. Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 47.
[614] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris : LGDJ, 2000, p. 147 et s.
[615] Ph. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.*, 2006, n° 3, Etude, p. 4.

361. Ainsi, le législateur recourt à *l'incrimination comme un moyen de définition de la protection consumériste (§1). La place du résultat dans la définition des infractions (§2)* fait prédominer le caractère préventif des infractions en matière de protection des consommateurs sur la fonction restitutive que la répression assume également.

§1. L'incrimination, moyen de définition de la protection consumériste[616]

362. Lorsque le législateur incrimine les comportements des professionnels qui portent atteinte aux intérêts des consommateurs, il ne vise pas expressément le contrat de consommation. Il légifère, situation par situation, domaine par domaine, afin d'interdire l'exploitation abusive par les professionnels du déséquilibre existant entre eux et les consommateurs. L'étude des infractions pénales commises à l'occasion d'un contrat de consommation permet de montrer comment l'édiction de sanctions pénales participe à l'encadrement du contrat de consommation. Le législateur instaure ainsi des sanctions pénales pour des comportements dont les sanctions civiles étaient déjà prévues depuis longtemps par le droit commun des contrats. Au-delà, les incriminations permettent parfois d'étendre la protection des consommateurs en dehors des hypothèses déjà appréhendées par le droit des contrats et créent des champs de protection inédits. Elles recouvrent un champ très vaste. Elles instituent ainsi de nombreuses obligations à la charge des professionnels. Il en ressort que *la protection du consentement du consommateur (A)* et *la protection de la santé du consommateur (B)* occupent une place centrale dans les préoccupations du législateur. De manière plus limitée, l'incrimination de certains comportements des professionnels participe à la *protection de l'équilibre contractuel (C).* Enfin, au moyen des incriminations pénales, le législateur commence à établir une *protection de l'effectivité des droits des consommateurs (D)*.

[616] Pour ne pas alourdir le propos, les peines encourues ne seront pas toujours précisées lors de la présentation des comportements pénalement sanctionnées. Elles peuvent être aisément retrouvées à partir du tableau inséré en annexe qui reprend la sanction pénalement encourue pour chaque infraction du Code de la consommation.

A. La protection du consentement du consommateur

363. De nombreuses dispositions spécifiques du droit de la consommation complètent les règles du droit commun des contrats pour garantir au consommateur un consentement libre et éclairé. Ce souci constant du législateur se traduit par l'adoption de règles qui s'appliquent en amont du contrat de consommation comme l'encadrement de la publicité ou la création de nombreuses obligations d'information, et qui se prolongent parfois après la conclusion du contrat par l'octroi d'un délai de rétractation au consommateur dont le professionnel doit garantir l'effectivité[617]. Si des sanctions civiles spéciales sont rarement prévues par les dispositions consuméristes, ces obligations s'accompagnent, presque toujours, par des sanctions pénales. Ainsi, les incriminations d'un certain nombre de comportements des professionnels au cours du processus de formation du contrat de consommation participent à la protection du consentement du consommateur. Les dispositions incriminent aussi bien *les manquements aux obligations précontractuelles d'information et au formalisme informatif (1), les pratiques tendant à induire le consommateur en erreur (2), celles tendant à surprendre un consentement irréfléchi (3),* ou encore *celles tendant à exercer une contrainte sur son consentement (4).*

1. L'incrimination des manquements aux obligations précontractuelles d'information et au formalisme informatif

364. L'information précontractuelle des consommateurs est un moyen d'action privilégié pour lutter contre le déséquilibre des parties aux contrats de consommation. Les obligations spéciales d'information qui s'imposent aux professionnels ont des sources et des formes très diverses. Souvent, l'exécution d'une obligation précontractuelle d'information est encadrée par un type de formalisme nouveau, le formalisme informatif, qui prescrit la forme que doit revêtir l'information. L'information des consommateurs est d'abord assurée par des dispositions générales introduites par la loi Toubon n° 94-665 du 4 août 1994. Elles imposent l'emploi de la langue française dans les documents présentés aux consommateurs ainsi que dans la publicité. La violation des dispositions de cette loi est érigée en infraction pénale par les articles 1 et 4 du décret n° 95-240 du 3 mars 1995.

[617] Sur l'incrimination des comportements des professionnels qui portent atteinte à l'effectivité du comportement du consommateur v. *infra* n^{os} 402 et s.

Ensuite, le professionnel est généralement débiteur *d'une information sur les prix (a)* ainsi que sur *les qualités essentielles des produits (b)* qu'il propose.

a. Les manquements en matière d'information sur les prix

365. L'article L. 113-3 du Code de la consommation impose aux professionnels d'assurer une information sur les prix des produits, biens meubles ou prestations de service, qu'ils proposent aux consommateurs. Cette obligation n'est pas assortie de sanction pénale en raison de sa généralité[618]. Les modalités d'exécution de l'information sur les prix sont fixées par le pouvoir règlementaire. Le principal arrêté en la matière est celui du 3 décembre 1987 relatif à l'information du consommateur sur les prix. Il s'applique à tous les produits et les services proposés par les professionnels dans la mesure où aucun autre arrêté n'a prévu de dispositions spéciales contradictoires. Il impose notamment aux professionnels d'assurer l'information sur les prix au moyen d'un marquage par écriteau ou d'un étiquetage lorsque le produit est destiné à la vente au détail et exposé à la vue du public. Un nombre important d'arrêtés ont été pris pour compléter celui de 1987 et précisant, pour un bien ou un service particulier, les conditions dans lesquelles l'information sur les prix doit être fournie au consommateur[619]. La contravention aux arrêtés qui prévoient les modalités d'information des consommateurs sur les prix et les conditions générales de vente est incriminée par l'article R. 113-1 du Code de la consommation.

b. Les manquements en matière d'information sur les qualités essentielles des produits

366. La loi impose de nombreuses obligations précontractuelles d'information relatives aux caractéristiques essentielles du produit fourni par le professionnel. Leur présentation est souvent strictement encadrée par des dispositions règlementaires. Ainsi, certains contrats sont encadrés par des dispositions consuméristes en raison de leur objet spécifique, comme le crédit à la consommation, les contrats de fourniture d'énergie, de service de communications électroniques ou d'assurances. Lorsqu'une obligation

[618] M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et A. MIHMAN, *Droit pénal des affaires : Manuel théorique et pratique*. Paris : Economica, 2009, n° 829.

[619] Par exemple, arrêté n° 83-50/A du 3 octobre 1983 relatif à l'information sur les prix des services, arrêté du 27 mars 1987 relatif à l'information sur les prix de l'hôtellerie en pleine air, ou encore arrêté n° 86-49/A du 3 novembre 1986 relatif à l'information sur les prix des remontées mécaniques.

précontractuelle d'information est prévue, sa violation est, dans la très grande majorité des hypothèses, sanctionnée pénalement. Ainsi, l'article L. 121-70 du Code de la consommation incrimine la violation des obligations d'information et du formalisme informatif dans le domaine des contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé, les articles R. 121-14 et suivants du Code de la consommation incriminent ces mêmes types de comportements dans le domaine des contrats de fourniture de gaz et d'électricité, l'article L. 311-49 du Code de la consommation incrimine la violation du formalisme informatif qui encadre la conclusion d'un contrat de crédit à la consommation.

367. En outre, l'article L. 214-1 du Code de la consommation, issu de la législation relative aux fraudes et falsifications, est une source indirecte très importante des obligations d'information et du formalisme informatif imposés aux professionnels. Il donne la compétence au pouvoir règlementaire d'adopter par décret en Conseil d'Etat des dispositions concernant notamment : « Les modes de présentation ou les inscriptions de toute nature sur les marchandises elles-mêmes, les emballages, les factures, les documents commerciaux ou documents de promotion, en ce qui concerne notamment : le mode de production, la nature, les qualités substantielles, la composition y compris, pour les denrées alimentaires, la composition nutritionnelle, la teneur en principes utiles, l'espèce, l'origine, l'identité, la quantité, l'aptitude à l'emploi, les modes d'emploi ainsi que les marques spéciales facultatives ou obligatoires apposées sur les marchandises françaises exportées à l'étranger. »

368. L'un de ces décrets, le décret du 7 décembre 1984 relatif à l'étiquetage et à la présentation des denrées alimentaires, a été intégré aux articles R. 112-1 et suivants du Code de la consommation. Ses dispositions détaillent précisément les informations qui doivent être transmises au consommateur, encadrent l'emploi de certains termes, et précisent la forme que doit revêtir l'information ainsi donnée. De très nombreux autres décrets ont été adoptés en application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation. Ces décrets sont donc une des sources les plus importantes du formalisme informatif imposé aux professionnels. Le manquement à ces dispositions est sanctionné pénalement. Sa qualification pénale est alternative en fonction de l'intention de l'auteur de la violation. Lorsque la violation de l'obligation d'information ou du décret est intentionnelle, c'est-à-dire commise dans la volonté d'induire le contractant en erreur, le délit de tromperie est consommé par omission. Lorsque la violation est non-

intentionnelle, le comportement consomme la contravention de fraude qui est incriminée par l'article L. 214-2 du Code de la consommation[620].

369. La multiplicité des obligations d'information, sanctionnées pénalement, sur les qualités essentielles des produits proposés par les professionnels, a favorisé l'émergence d'une obligation générale d'information sur les qualités essentielles de l'objet du contrat dont les parties sont débitrices pendant la période précontractuelle. La jurisprudence a consacré une telle obligation générale d'information, d'abord en sanctionnant la réticence dolosive[621], puis en sanctionnant le seul manquement à une obligation d'information sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Le silence gardé par l'un des contractants constitue alors un manquement au devoir de loyauté, particulièrement lorsque les circonstances imposent à l'un des contractants de fournir l'information retenue au regard de l'exigence de bonne foi, qui produit ses effets dès la période précontractuelle. Le champ d'application de l'obligation générale d'information dépasse largement celui des contrats de consommation puisqu'elle a vocation à s'appliquer à tous les contrats. Mais l'attitude des magistrats est plus sévère en présence d'un professionnel. Ils tendent à reconnaître plus facilement l'existence d'une telle obligation. Cette obligation générale d'information sur les caractéristiques essentielles des produits proposés par les professionnels a été consacrée dans les contrats de consommation aux articles L. 111-1 à L. 111-3 du Code de la consommation regroupés dans le chapitre premier de ce code intitulé « Obligation générale d'information ». Aucune sanction spéciale, ni civile, ni pénale, n'est prévue en cas de manquement à ces dispositions. Cependant, la violation des dispositions des articles L. 111-1 et L. 111-2 du Code de la consommation, lorsqu'elle est intentionnelle, est incriminée indirectement par les dispositions de L. 213-1 du même code. En effet, il est admis que l'infraction de tromperie est consommée même lorsqu'elle est commise par omission. Elle consiste alors à retenir une information, sur les qualités essentielles de l'objet du contrat, dans le but de tromper son cocontractant. Depuis la loi n° 2008-3 du 2 janvier 2008, le manquement aux obligations d'information portant sur les qualités substantielles du produit est également incriminé par l'article L. 121-1, II, du

[620] La distinction entre le délit de tromperie par omission et la contravention de fraude n'est pas toujours facile à opérer. J.-H. ROBERT, « La distinction des délits et des contraventions de fraude », *JCP G*, 1990, I, 3444. V. également *infra* n° 517.
[621] V. *supra* n^os^ 100 et s.

Code de la consommation qui prohibe les pratiques commerciales trompeuses par omission.

2. L'incrimination des pratiques tendant à induire le consommateur en erreur

370. La déloyauté du contractant au cours du processus de formation du contrat est sanctionnée depuis longtemps par des mécanismes de droit civil et la tromperie commise par l'un des contractants constituait déjà un délit dans le droit romain. La sanction du dol, prévue aux articles 1116 et suivants du Code civil en est une bonne illustration. L'incrimination de la tromperie est constante, tant dans les incriminations de droit commun que dans les incriminations spéciales du Code de la consommation. Le législateur contemporain, en incriminant les comportements déloyaux des professionnels qui précèdent la conclusion du contrat de consommation, a prévu de nombreuses infractions, qui s'analysent civilement en un dol du professionnel destiné à tromper le consommateur sur les qualités substantielles des biens ou des services qu'il propose. Les incriminations vont la plupart du temps au-delà de l'incrimination du dol compris strictement, élargissant ainsi la protection classique de consentement par le biais de la définition des infractions pénales. Les principales infractions en la matière sont l'infraction, ancienne, de tromperie, les infractions relatives aux signes de qualité, et l'infraction, nouvellement créée, de pratiques commerciales trompeuses.

a. La tromperie

371. La première grande loi d'inspiration consumériste, relative aux fraudes et falsifications[622] a eu pour effet d'incriminer les comportements constitutifs d'un dol au sens de l'article 1116 du Code civil. Elle est désormais intégrée dans le Code de la consommation. L'incrimination du dol se fait essentiellement au travers de l'article L. 213-1 du Code de la consommation qui définit l'infraction de tromperie comme le fait de « tromp[er] ou tent[er] de tromper le contractant, par quelque moyen ou procédé que ce soit, même par l'intermédiaire d'un tiers » sur les qualités du bien, objet du contrat de

[622] Loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications en matière de produit et de service. Elle a été modifiée plusieurs fois par la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, et l'ordonnance 2000-916 du 19 septembre 2000.

consommation[623]. La tromperie sanctionne un dol au sens civil du terme[624]. Ainsi, tous les comportements sanctionnés civilement par la nullité du contrat sur le fondement de l'article 1116 du Code civil, mises en scène, mensonges, et même réticences dolosives, sont susceptibles d'être qualifiés de tromperie et d'être sanctionnés pénalement comme telle. Sont alors sanctionnées les tromperies commises à l'aide de mises en scène ou de manipulations, comme le fait de tremper des noix de coquilles Saint-Jacques, sans en informer le consommateur, pour en augmenter le volume[625]. Cette manœuvre provoque bien une erreur sur les qualités substantielles du produit acheté par le consommateur. Sont également sanctionnées les tromperies commises par l'emploi de mensonges, qui consistent à donner des informations inexactes aux consommateurs comme le fait d'indiquer sur une bouteille d'eau de vie une durée de vieillissement sans satisfaire aux conditions règlementaires[626]. L'interprétation du texte d'incrimination laisse également place à la tromperie par omission, qui correspond, dans une optique civiliste, à la réticence dolosive.

372. Par certains de ses aspects, l'incrimination a un champ plus restreint que le dol. Le dol entraîne des sanctions civiles, quelle que soit l'erreur qu'il a provoquée, même lorsqu'elle porte sur la valeur de l'objet du contrat ou les motifs qui ont conduit le consommateur à contracter. La tromperie n'est sanctionnée, sur le fondement de l'article L. 213-1 du Code de la consommation, que si les manœuvres, le mensonge ou la réticence ont entraîné une erreur qui portent sur un des éléments limitativement énumérés par les dispositions légales : la nature, l'espèce, l'origine, les qualités substantielles du bien livré, la quantité, l'aptitude à l'emploi… Synthétiquement, ces catégories renvoient aux qualités substantielles de la prestation fournie par le professionnel. C'est donc un dol provoquant une erreur spécifique, l'erreur portant sur les qualités substantielles du produit proposé par le professionnel, qui est sanctionné civilement.

---

[623] Sur l'infraction de tromperie, v. notamment : A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.*, n° 1175 et s. ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et A. MIHMAN, *op. cit.*, n° 930 et s. ; STASIAK F, *Droit pénal des affaires*, 2ème éd., Paris : LGDJ, 2009, p. 499 et s, M. MENJUCQ, « Un exemplaire d'application de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications : la répression des tromperies en matière d'appellation d'origine viticole », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 831. E. VERNY, « Fautes et tromperies », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 633.

[624] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.*, n° 1189.

[625] Crim., 7 novembre 2006, pourvoi n° 06-80.318 ; *Bull. crim*., n° 274.

[626] Crim., 6 septembre 2005, pourvoi n° 04-86.919 ; *Bull. crim.*, n° 217.

373. Cette restriction ne doit pas cacher qu'en réalité, l'infraction de tromperie a un champ d'application bien plus large que le dol. D'abord, depuis la loi n° 78-23 du 10 janvier 1978, l'auteur de l'infraction peut être un tiers au contrat. Cela permet de retenir la responsabilité pénale des différents protagonistes intervenant dans les chaînes de contrat. Ainsi, le fournisseur peut être auteur d'une tromperie lorsqu'il vend des marchandises trompeuses à un détaillant chargé de les revendre aux consommateurs. Il est coupable, qu'il ait informé ou non le détaillant de l'objet de la tromperie. S'il avait connaissance des vices de la chose, le détaillant serait également responsable pénalement. Ensuite, si l'infraction de tromperie suppose la formation du contrat[627], la tentative est punissable. Le commencement d'exécution consiste à faire une offre trompeuse sur le produit proposé. Dès lors, une offre trompeuse non suivie de la conclusion du contrat engage la responsabilité pénale de son auteur. L'incrimination de la tentative permet de sanctionner des comportements qui ont pour objectif de tromper le cocontractant mais qui n'ont pas produit le résultat attendu parce que le contrat n'a pas été conclu.

374. Malgré cette pénalisation ancienne et générale de la tromperie, qui permet de sanctionner pénalement les comportements dolosifs des professionnels lorsqu'ils provoquent une erreur sur les qualités substantielles du bien ou du service proposé, de nombreuses autres infractions qui appréhendent les dols commis par des professionnels ont été incriminées par le législateur.

b. Les infractions relatives aux signes de qualité

375. L'utilisation des signes de qualité, tels que le label rouge, l'appellation d'origine contrôlée, ou les labels écologiques, est strictement encadrée. L'apposition de ces signes sur les produits est un véritable atout commercial. Elle permet de distinguer le produit proposé des autres produits en garantissant certaines qualités, variables suivant le signe apposé. Dès lors, certains professionnels n'hésitent pas à utiliser frauduleusement ces signes de qualité, pour augmenter leurs ventes ou pour augmenter leur prix. L'utilisation frauduleuse d'un signe de qualité, ou la présentation d'un produit laissant penser qu'il en bénéficie est bien évidemment interdite. Le respect de ces règles est garanti par des

[627] 629.

sanctions pénales qui sont prévues pour de nombreux signes de qualités[628]. Ces infractions permettent de sanctionner des comportements qui peuvent aussi s'analyser en tromperie sur les qualités essentielles des produits. Elles se confondent également avec l'infraction récemment créée de pratiques commerciales trompeuses[629].

c. Les pratiques commerciales trompeuses

376. Récemment, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 a introduit l'infraction de pratiques commerciales trompeuses[630] à l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Elle remplace, en l'élargissant, l'infraction de publicité fausse ou de nature à induire en erreur[631]. La définition de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses est particulièrement complexe. Une lecture attentive des textes d'incrimination ne suffit pas à cerner l'ensemble des comportements prohibés[632].

377. D'abord, l'article L. 121-1, I et II, du Code de la consommation définit les actions et les omissions qui consomment une pratique commerciale trompeuse à condition que le caractère trompeur du comportement adopté soit établi, autrement dit que la pratique commerciale soit susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement économique du consommateur[633]. Ainsi, l'infraction est constituée lorsque la pratique « crée une confusion » avec un concurrent ou un de ses produits, lorsqu'elle repose sur

[628] Articles L. 115-16 et L. 115-18 pour les infractions relatives à l'appellation d'origine contrôlée ; article L. 115-20 pour les infractions relatives au label rouge ; article L. 115-22 pour les infractions relatives à une appellation d'origine contrôlée, une indication géographique protégée ou une spécialité traditionnelle garantie ; article L. 115-24 pour les infractions relatives à la mention agriculture biologique ; article L. 115-26 pour les infractions relatives à la certification des produits agricoles et des denrées alimentaires ; et articles L. 115-30 et R. 115-3 pour les infractions relatives à la certification des produits autres qu'alimentaires.

[629] Sur le cumul d'infraction v. *infra* n^{os} 515 et s.

[630] Sur les éléments constitutifs de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses v. notamment : C. AMBROISE-CASTEROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ pénal*, 2009, p. 22 ; S. FOURNIER, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Droit pénal*, 2008, n° 2, p. 13, A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.*, n^{os} 1243 et s. ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et A. MIHMAN, *op. cit.*, n^{os} 867 et s. ; STASIAK F, *Droit pénal des affaires*, 2ème éd., Paris : LGDJ, 2009.

[631] Faire un rappel de l'apparition de cette infraction avec évolution. L'annonceur était tenu de diffusé une publicité, quel que soit son support, qui ne contenait pas d'allégations fausses ou de nature à induire en erreur le consommateur normalement attentif et avisé. + pb d'application de loi dans le temps. Sur les infractions de publicité mensongère et de publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur v. S. GUINCHARD, « Vingt ans après : L'évolution des sanctions de la publicité mensongère », *Mélanges offerts à Albert Chavanne : Droit pénal, propriété industrielle*, Paris : Litec, 1990, p. 11.

[632] En ce sens : V. MAGNIER. : « Les textes relatifs aux pratiques, […], finissent par constituer avec cet ajout un véritable maquis, ce qui n'est pas un gage d'intelligibilité du droit » :

[633] Com., 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-27.402, *à paraître au bulletin*.

des affirmations fausses ou de nature à induire en erreur portant sur l'un des éléments définis par le texte d'incrimination, ou « lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ». L'infraction est également consommée en cas d'omission, lorsque l'auteur de la pratique ne divulgue pas une information sur les qualités substantielles du produit, telles qu'elles sont définies par le II de l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Sont substantielles, au sens de cet article, les informations concernant le produit, les informations concernant le professionnel, les informations concernant le prix et les modalités de paiement, et les informations concernant l'éventuelle faculté de rétractation.

378. Ensuite, l'article L. 121-1-1 complète cette définition en dressant une liste des pratiques commerciales réputées trompeuses. Cette liste est particulièrement fournie. Vingt-deux comportements, dont certains se subdivisent, sont définis[634]. Le caractère trompeur est présumé. L'interprétation de cet article soulève des difficultés. La présomption créée peut d'abord être comprise comme une présomption irréfragable, les pratiques définies à cet article seraient alors des pratiques commerciales trompeuses par nature. L'infraction serait alors dans ces hypothèses une infraction de prévention[635]. Son effet, même potentiel, sur le consentement du consommateur, ne devrait pas être examiné. L'infraction serait consommée, indépendamment de la réalisation du dommage, même si le comportement reproché n'est pas de nature à induire le consommateur en erreur. La présomption créée peut ensuite être comprise comme une présomption simple. La condamnation pénale ne serait pas subordonnée à la démonstration du caractère trompeur de la pratique. Mais, pour échapper à sa responsabilité pénale, le professionnel pourrait démontrer que le comportement reproché, s'il correspond à un des nombreux comportements définis par l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation, n'est en pratique pas trompeur. La Cour de cassation ne s'est pas encore prononcée sur l'interprétation à retenir. Il semble que la première interprétation s'impose. La liste des pratiques réputées trompeuses par l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation est une reproduction de l'annexe de la directive communautaire n° 2005/29/CE qui détaille les pratiques réputées trompeuses « en toutes circonstances ». Cette précision, apportée

[634] Par exemple est réputé trompeur le fait « de se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'il ne l'est pas »,
[635] Sur la notion d'infraction de prévention v. *supra* n° 414 et les références citées.

par la directive, indique clairement que les circonstances particulières dans lesquelles la pratique commerciale a été mise en œuvre ne doivent pas être examinées pour juger du caractère trompeur de la pratique[636]. Dès lors, le professionnel, auteur de la pratique, ne peut pas échapper à sa responsabilité pénale en apportant la preuve que sa pratique n'est pas susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement du consommateur.

379. L'adoption d'une nouvelle infraction, qui remplace celle de publicité fausse ou de nature à induire en erreur, a pour effet de modifier la consistance de l'élément moral de l'infraction. Depuis la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973, l'infraction de publicité fausse ou de nature à induire en erreur n'est plus une infraction intentionnelle. Le caractère non-intentionnel des infractions pénales incriminées avant l'adoption du Code pénal de 1994 s'est maintenu après l'adoption de ce code. La loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 crée un nouveau texte d'incrimination. L'élément moral de l'infraction de pratique commerciale trompeuse nouvellement créée est défini en application des dispositions du nouveau Code pénal. Aux termes de l'article 121-3 du Code pénal, pour qu'un délit soit non-intentionnel, il faut que le texte d'incrimination en dispose expressément. Or, l'article L. 121-1 du Code de la consommation est muet sur l'élément moral de l'infraction de pratiques commerciales trompeuses. La Cour de cassation a ainsi décidé que cette infraction, est, en l'absence de précision contraire, une infraction intentionnelle[637]. L'intention est définie comme la volonté tendue vers le résultat qui consomme l'infraction pénale. Dès lors, l'intention de l'auteur de la pratique commerciale déloyale est caractérisée lorsqu'il a la volonté d'adopter une pratique susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement du consommateur. Toutefois, la solution devrait avoir de faibles implications pratiques parce que la Cour de cassation a une compréhension assez large de l'intention. Elle est caractérisée lorsque « le prévenu n'a pas pris toutes les précautions propres à assurer la véracité des messages publicitaires, et dès lors que la seule constatation de la violation, en connaissance de cause, d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1er, du code pénal »[638]. Ainsi, lorsque l'élément matériel

[636] Conclusions de l'avocat général Madame Vérica, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič*.
[637] Crim., 15 décembre 2009, pourvoi n° 09-83.059 ; *Bull. crim.*, n° 212.
[638] *Ibid*.

des pratiques commerciales trompeuses se confond avec la violation d'une prescription légale ou règlementaire, l'intention est déduite de l'élément matériel.

380. L'incrimination des pratiques commerciales trompeuses, tout comme l'incrimination des tromperies par l'article L. 213-1 du Code de la consommation, a pour effet de pénaliser des comportements qui pourraient être qualifiés de dol au sens de l'article 1116 du Code civil. L'infraction étant une infraction formelle voire, dans de nombreuses hypothèses, une infraction de prévention, elle est consommée même en l'absence de tromperie effective d'un consommateur. En ce sens, elle élargit la protection du consentement du consommateur en prohibant les comportements susceptibles de le tromper quel que soit le résultat réellement atteint. Désormais, toute pratique commerciale susceptible de tromper le consentement du consommateur moyen tombe sous le coup de cette incrimination. Au vu de la très large définition des comportements prohibés, qui s'étend bien au-delà de l'infraction de publicité fausse ou de nature à induire en erreur incriminée jusqu'alors, il est difficile d'imaginer qu'un comportement constituant un dol au sens de l'article 1116 du Code civil ne soit pas appréhendé par ce nouveau texte d'incrimination. L'infraction est également plus large que l'infraction de tromperie quant à son objet puisqu'elle concerne le produit proposé par le professionnel, mais également l'identité de la personne pour laquelle elle est mise en œuvre.

3. L'incrimination des pratiques tendant à susciter un consentement irréfléchi

381. Si l'atteinte au consentement du consommateur peut résulter d'une erreur provoquée sur les qualités du produit proposé par le professionnel ou sur les conditions du contrat de consommation ainsi conclu, elle est parfois la conséquence de certains comportements des professionnels qui emploient des méthodes de séduction déloyales. Ces dernières détournent le consentement du consommateur en lui proposant un contrat de consommation par lequel la fourniture d'un bien ou d'un service, qui constitue l'obligation essentielle du professionnel, s'accompagne d'un produit, d'un avantage, ou d'un gain accessoire, autre que celui normalement attendu d'un tel contrat. Le droit civil permet de sanctionner ces comportements sur le fondement du dol. En effet, lorsqu'un dol est commis, il entraîne la nullité du contrat et/ou l'allocation de dommages et intérêts quelle que soit l'erreur provoquée, même si elle ne porte pas sur une des qualités substantielles des obligations des parties. En détournant le consentement du consommateur, lui faisant croire à l'attribution d'un avantage qui s'avère illusoire, le

professionnel provoque une erreur sur les motifs déterminant la conclusion du contrat. Le législateur a incriminé certains de ces comportements qui tendent à surprendre un consentement irréfléchi parce que le consommateur contracte davantage en considération du gain espéré, qu'en considération de l'obligation principale du professionnel.

a. Les infractions en matière de loteries publicitaires

382. La méfiance du législateur envers les loteries est très ancienne. Elles sont prohibées par la loi, toujours en vigueur, du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries. Les dispositions de cette loi n'ont pas pour objet principal d'assurer la protection des intérêts des consommateurs. Elles tendent à protéger l'ordre public par le contrôle et la limitation des jeux de hasard. Elles participent de cette manière à la protection des consommateurs en limitant les risques de fraudes commises par les organisateurs de loteries[639]. Avec l'apparition de société de vente par correspondance, des loteries d'un nouveau type, appelées loteries publicitaires, sont apparues. Ces sociétés organisent des loteries à des fins promotionnelles. Elles envoient des documents publicitaires individualisés aux consommateurs, accompagnés d'un bulletin de participation à une loterie, souvent équivoques[640]. Les sociétés de vente par correspondance espèrent ainsi provoquer des achats. Depuis, l'utilisation des loteries à des fins promotionnelles s'est diversifiée. Parfois, l'organisation de loterie tend à attirer les clients sur les lieux de vente. Organisées sur internet, les loteries ont, en outre, pour objectif de recueillir des informations personnelles sur les consommateurs afin de leur adresser des publicités ciblées et de provoquer des commandes. Le législateur est intervenu par la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, relative à l'information et à la protection des consommateurs ainsi qu'à diverses pratiques commerciales, pour encadrer les loteries publicitaires. Cette loi est désormais intégrée aux articles L. 121-36 à L.121-39 du Code de la consommation[641]. Les dispositions ont pour objet d'assurer la gratuité des loteries publicitaires et l'information des consommateurs. Sous l'impulsion des dispositions communautaires relatives aux pratiques commerciales déloyales des entreprises vis-à-vis des consommateurs, l'article L. 121-36 du Code de la consommation a été complété par la loi n° 2011-525 du 17 mai

[639] Crim., 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-85.572, Inédit.
[640] Sur la sanction civile des loteries publicitaires équivoques v. *supra* n[os] 452 et s.
[641] Sur les infractions pénales en matière de loteries v. notamment : A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.*, n° 1451 et s. ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et A. MIHMAN, *op. cit.*, n° 776 et s.

2001 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Désormais, les loteries publicitaires payantes ne sont illicites que si elles sont déloyales au sens de l'article L. 120-1 du Code de la consommation. Cependant, la loi n'a pas modifié les autres dispositions dont la violation est toujours incriminée quel que soit le caractère déloyal de la pratique[642].

383. Indirectement, ces incriminations pénalisent une forme de dol qui provoque une erreur sur les motifs des contrats de consommation conclus à la suite des loteries publicitaires : contrats de participation à la loterie, ou acquisitions de produits de l'entreprise. En effet, pour le consommateur, la cause du contrat conclu avec l'organisateur de la loterie publicitaire est la croyance erronée que la commande est nécessaire pour participer à la loterie, que la commande permet d'augmenter ses chances de gagner, ou encore que la commande est nécessaire pour obtenir le lot qu'il croit avoir déjà gagné en raison de la présentation trompeuse des documents envoyés par l'organisateur de la loterie publicitaire. Cependant, du fait de la méthode d'incrimination employée par le législateur[643], il se peut qu'une infraction soit commise en l'absence de tromperie d'un consommateur, et inversement, l'infraction peut ne pas être consommée alors que de nombreux consommateurs auront été dupés par de telles méthodes. D'abord, une loterie publicitaire payante est déloyale, au sens de l'article L. 121-1 du Code de la consommation, dès qu'elle est susceptible d'altérer, de manière substantielle, le comportement du consommateur, peu important l'existence d'une tromperie effective d'un consommateur individualisé. Ensuite, la simple constatation de la violation des autres dispositions suffit à caractériser l'infraction, quel que soit l'effet réel de la violation des dispositions consuméristes sur le consentement des destinataires de la loterie publicitaire. Par exemple, l'infraction est consommée, si les documents ne comportent pas un inventaire précis des lots mis en jeu[644]. Cette omission n'entraîne pas toujours une erreur chez le consommateur, qui peut par ailleurs très bien comprendre l'indépendance qui existe entre la participation à la loterie et la commande auprès de la société. A

[642] L'envoi de loterie publicitaire équivoque est également sanctionné par une peine, une peine privée, la qualification de la loterie publicitaire en quasi-contrat. V. *infra* n^{os} 452 et s.452 et s.
[643] Les infractions aux dispositions encadrant les loteries publicitaires sont des infractions de prévention, pour lesquelles le résultat dommageable, l'atteinte au consentement du consommateur, n'est pas un élément de l'infraction. Sur la notion d'infraction de prévention, v. *supra* n° 414 et les références citées.
[644] Art. L. 121-37, al. 2, C. consom.

l'inverse, une loterie publicitaire, conforme aux exigences posées par les articles L. 121-36 à L. 121-39 du Code de la consommation, qui n'impose aucune contrepartie financière, mais qui est formulée de telle manière qu'elle trompe de nombreuses personnes sur la réalité de l'attribution du lot, ou sur l'obligation de passer une commande, n'entre pas dans le champ de l'incrimination et ne sera pas sanctionnée pénalement.

b. La vente « à la boule de neige »

384. L'incrimination des erreurs sur les motivations des consommateurs provoquées par les professionnels se fait également par l'encadrement des systèmes de parrainage ou vente multiniveau, organisés par les professionnels[645]. L'article L. 122-6, alinéa 1er, du Code de la consommation, issu de la loi n° 53-1090 du 5 novembre 1953, interdit la vente dite « à la boule de neige ». C'est une pratique commerciale qui implique le consommateur dans la distribution des produits. Elle consiste à faire espérer au consommateur un produit qu'il obtiendra gratuitement ou à un prix inférieur à sa valeur réelle, à condition qu'il place auprès d'un certain nombre d'autres consommateurs des bons ou des tickets, ou qu'il collecte des adhésions ou des inscriptions, autrement dit, qu'il recrute d'autres distributeurs. Rapidement, le marché est saturé. Il est impossible pour le consommateur de bénéficier des gains espérés de cette opération. En effet, il ne s'agit pas seulement de trouver de nouveaux clients pour les produits proposés par le professionnel, mais il s'agit de recruter de nouveaux consommateurs intéressés par cette méthode de distribution, qui devront à leur tour trouver de nouvelles personnes intéressées, et ainsi de suite. Le nombre de personnes à convaincre, pour que chacun puisse bénéficier de l'avantage promis est exponentiel, et l'avantage devient illusoire. Les professionnels, en faisant miroiter des avantages qu'ils savent être impossibles, provoquent une erreur chez les consommateurs sur l'obtention d'un gain. Là encore, ce comportement est appréhendé au plan civil par les règles gouvernant les vices du consentement. En effet, en trompant les consommateurs, les professionnels commettent ainsi un dol qui entraîne une erreur sur les motifs du contrat. En outre, l'engagement

[645] Sur l'infraction v. notamment : H. DUMONT, « Rapport sur les ventes pyramidales en droit pénal », *in Travaux de l'association Henri Capitant : t. 24, La protection du consommateur*. Paris : Dalloz, 1975, p. 349 ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.* ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et A. MIHMAN, *op. cit.* ; M. PUECH, « La vente multiniveau encadrée par le droit pénal », *D.*, 1995, p. 117.

souscrit par le consommateur de trouver de nouveaux clients s'analyse comme une promesse de porte-fort au sens des dispositions de l'article 1120 du Code civil, c'est-à-dire « une convention par laquelle une personne promet le fait d'un tiers »[646]. Classiquement, cette technique contractuelle trouve application, lorsqu'à l'occasion de la conclusion d'un contrat, l'un des contractants ne dispose pas seul du pouvoir de conclure le contrat. Ce dernier promet d'obtenir le consentement d'un tiers à l'acte. Le promettant exerce ainsi une sorte de représentation sans pouvoir. De nouvelles applications se sont développées par la suite. Ainsi, une personne peut se porter fort pour n'importe quel fait d'un tiers, notamment la conclusion ou l'exécution d'un autre contrat[647]. Pour obtenir un avantage ou une réduction de prix, le consommateur s'engage à ce que des tiers, inconnus au moment de la conclusion du contrat, contractent avec le professionnel. L'intérêt des professionnels ayant recours à cette méthode de distribution réside dans la conclusion de contrats avec de nouveaux clients. Surtout, l'avantage consenti en contrepartie de l'engagement souscrit par le consommateur permet de déclencher la conclusion d'un contrat de consommation avec ce dernier. Cependant, en raison de la rapide saturation du marché provoquée par cette méthode de distribution, l'objet de l'obligation du consommateur est impossible, et par conséquent, cette méthode de distribution provoque une erreur du consommateur sur la possibilité d'exécuter sa propre prestation, et donc sur l'obtention de sa contrepartie. L'erreur provoquée par le procédé de la vente « à la boule de neige » porte non seulement sur les motifs, mais également sur la prestation du consommateur.

c. Les infractions en matière de réduction de prix

385. L'encadrement des réductions de prix, sous la forme de soldes, de promotions, de rabais, et de la publicité qui est faite autour de ces réductions participe également à protéger l'intégrité du consentement du consommateur. L'objectif de ces législations est double. D'une part, elles protègent les concurrents qui ne peuvent pas avoir recours aux mêmes pratiques, et voient ainsi leur clientèle détournée. Par exemple, l'incrimination de la vente à perte est faite dans l'intérêt des concurrents. Un professionnel peut sur certains produits pratiquer des prix très bas, inférieur à leur prix d'achat, pour attirer les clients. Il

[646] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, « Porte-fort », *Rép. civ. Dalloz*, 2005, n°2.
[647] Cette dernière application a une importance pratique considérable parce qu'elle établit un mécanisme de garantie autonome.

répercutera cette baisse sur les autres produits. La clientèle se détournera alors des concurrents qui pratiquent des prix plus élevés. D'autre part, ces législations protègent les consommateurs en encadrant certaines pratiques de distribution comme les soldes ou les liquidations, ainsi que la publicité faite autour de ces pratiques. L'un des objectifs de ces dispositions est d'éviter de tromper les consommateurs en leur faisant croire à un avantage, ou à une réduction de prix, qui n'existe pas réellement. Ainsi, l'utilisation du mot solde, qui a « une espèce de vertu magique auprès des consommateurs »[648], est interdite en dehors des opérations correspondant effectivement à la définition des soldes. La violation de ces législations est systématiquement incriminée et participe à protéger l'intégrité du consentement des consommateurs, qui peuvent être dupés en croyant réaliser des bonnes affaires.

d. La vente avec prime

386. Enfin, dans une moindre mesure, la protection du consentement des consommateurs par l'incrimination de certains comportements des professionnels se fait au travers de l'interdiction des ventes ou prestations de service avec primes. Elles sont définies à l'article L. 121-35 et incriminées à l'article R. 121-13 du Code de la consommation[649]. Depuis la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit, l'infraction de vente avec prime n'est consommée que si elle présente un caractère déloyal. Elles consistent à proposer au consommateur un bien ou une prestation de service qui s'accompagne d'une prime. Le danger de cette pratique est de détourner le consentement du consommateur, qui acceptera de conclure le contrat, non pas en considération de son objet principal, le bien ou la prestation de service fournie par le professionnel, mais en considération d'un élément accessoire, la prime offerte qui accompagne la conclusion du contrat. En outre, l'avantage ainsi accordé par la prime est souvent factice. Le coût de la prime est souvent répercuté sur les prix. Le champ d'application de cette infraction se trouve restreint par la définition de la prime prohibée. Elle prend la forme d'un « produit, bien ou service », différent de l'objet principal du contrat. Elle n'est prohibée que si elle dépasse une certaine valeur, et si elle est fournie à

[648] J. CALAIS-AULOY, *op. cit.*, n° 151.

[649] La même infraction est prévue à l'article L. 312-1-2 du Code monétaire et financier, auquel renvoie l'article L. 121-35 alinéa 4 du Code de la consommation, pour les offres de vente ou de prestation de service faites par les établissements de crédit.

titre gratuit. Ainsi, un produit fourni pour le franc symbolique n'est pas considéré comme une prime prohibée, ce qui réduit fortement l'utilité pratique de cette incrimination.

4. L'incrimination des pratiques tendant à exercer une contrainte sur le consentement du consommateur

387. L'atteinte au consentement du consommateur peut également résulter d'une pression ou d'une contrainte exercée sur sa volonté. Dans cette hypothèse, le consommateur ne commet pas d'erreur sur le contenu du contrat ou l'objet de l'obligation de chaque partie, mais il contracte en raison des pressions exercées sur sa volonté. Certains de ses comportements qui tendent à surprendre un consentement contraint, et qui ainsi s'apparentent à la violence telle qu'elle est définie à l'article 1111 du Code civil, ont été incriminés ponctuellement. La pénalisation des comportements tendant à exercer une contrainte sur le consentement du consommateur s'est généralisée avec l'incrimination des pratiques commerciales agressives introduite par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 qui transpose la directive européenne n° 2005/29/CE relatives aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs.

a. Les pratiques commerciales agressives

388. Récemment, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008 a introduit l'incrimination de pratiques commerciales agressives à l'article L. 122-11 du Code de la consommation[650]. Les comportements incriminés consistent en des « sollicitations répétées et insistantes » ou en « l'usage d'une contrainte physique ou morale » dans le but de porter atteinte au consentement du consommateur ou à l'exercice de ses droits contractuels. Cette pression doit être susceptible d'altérer sa liberté de choix ou de vicier son consentement. Comme pour les pratiques commerciales trompeuses, la détermination des comportements qui constituent une pratique commerciale agressive s'opère de deux manières distinctes. D'une part, des critères permettant de caractériser le caractère agressif d'une pratique commerciale sont définis par l'article L. 122-11, II, du Code de la consommation. Les dispositions de cet article dressent une liste des circonstances à examiner pour déterminer

[650] Sur les éléments constitutifs de l'infraction de pratiques commerciales agressives v. notamment : A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *op. cit.* ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC et A. MIHMAN, *op. cit.* ; Ph. CONTE, « Brèves observations à propos de l'incrimination des pratiques commerciales agressives (Loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008) », *Dr. pén.*, 2008, n° 2, Etude n° 3.

si une pratique commerciale « recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique, ou à une influence injustifiée »[651]. Ces éléments doivent être pris en considération pour savoir si l'infraction de pratiques commerciales agressives est consommée. Il s'agit notamment des circonstances dans lesquelles est intervenue la pratique commerciale agressive, du recours à la menace, y compris la menace d'action en justice lorsque celle-ci n'est pas possible, de l'exploitation d'évènements touchant le consommateur de nature à influencer sa décision de conclure le contrat… D'autre part, l'article L. 122-11-1 du Code de la consommation dresse une liste des pratiques réputées agressives en toutes circonstances. Sont, par exemple, réputés agressifs, le fait de donner l'impression au consommateur qu'il ne pourra pas quitter les lieux avant qu'un contrat soit conclu, le fait de se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique, ou tout autre moyen de communication à distance, ou le fait de menacer l'emploi ou les moyens d'existence du consommateur s'il ne conclut pas le contrat. Dans ces hypothèses, il semble que, comme pour les pratiques commerciales réputées trompeuses par l'article L. 121-1-1 du Code de la consommation, ces comportements sont des pratiques commerciales agressives par nature[652]. Le professionnel ne peut donc pas montrer, pour échapper à sa responsabilité pénale, que la pratique ne présentait pas de caractère agressif au regard des critères établis par l'article L. 122-11 du Code de la consommation.

389. Dans une optique contractuelle, les comportements que le législateur entend viser par cette incrimination correspondent à des cas de violence au sens de l'article 1111 du Code civil. En effet, la violence peut être appréhendée, dans tous ses aspects, par l'infraction de pratiques commerciales agressives, violence physique, violence morale ou exploitation abusive des circonstances économiques. Les termes mêmes de la définition de l'infraction sont identiques à ceux par lesquels les violences susceptibles de provoquer un vice du consentement sont définies. Cependant, la confusion entre pratiques commerciales agressives et violences au sens de l'article 1111 du Code civil n'est pas

[651] La différence de terminologie entre le I (sollicitation, usage d'une contrainte) et le II de l'article L. 122-11 (harcèlement, contrainte, influence injustifiée) s'explique par la rédaction en deux temps de cet article. D'abord, la loi du 3 janvier 2008 a créé l'article L. 122-11 qui ne comportait alors que le premièrement. Ensuite, la loi du n° 2008è776 du 4 août 2002 a ajouté le II qui reprend mot pour mot les termes de la directive communautaire.
[652] V. *supra* n° 378.

totale. L'infraction pénale est beaucoup plus large que le délit civil. Toutes les hypothèses visées par le texte d'incrimination ne correspondent pas à des cas de violences, au sens de l'article 1111 du Code civil, qui permettent difficilement d'annuler les contrats imposés par les professionnels aux consommateurs par des contraintes plus ou moins fortes sur leur consentement[653]. En outre, des comportements accomplis par le professionnel postérieurement à la conclusion du contrat tombent sous le coup de cette incrimination. Ensuite, l'infraction peut être consommée même si aucun contrat n'a été conclu, alors que le vice de violence ne peut être invoqué que s'il a provoqué la conclusion contrainte d'un contrat. Enfin, l'infraction présente un caractère formel[654], même lorsqu'un contrat est conclu, le vice du consentement n'est pas nécessaire pour que l'infraction soit consommée. Ce caractère impose une appréciation *in abstracto* de l'effet de la pratique commerciale. Elle doit, être susceptible d'entraîner un vice du consentement chez le consommateur moyen, normalement attentif et diligent. La question qui se pose alors est de savoir si une pratique commerciale, qui a provoqué une contrainte telle qu'elle a poussé un consommateur donné à conclure le contrat alors que le consommateur moyen ne s'y serait pas senti obligé, entre sous le coup de cette incrimination pénale. La faiblesse particulière d'un consommateur individualisé est prise en considération par l'infraction d'abus de l'état d'ignorance ou de faiblesse.

b. L'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance

390. Alors que les incriminations des comportements susceptibles d'altérer le consentement du consommateur visent, la plupart du temps, à protéger le consommateur moyen, normalement attentif et avisé, l'incrimination de l'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance à l'article L. 122-8 du Code de la consommation[655], tend à pénaliser les professionnels qui s'attaquent aux consommateurs particulièrement faibles ou ignorants. L'infraction est constituée, lorsque le professionnel a fait souscrire un engagement, par le moyen de visites à domicile, à une personne faible ou ignorante dans trois hypothèses. Premièrement, l'infraction est consommée, lorsque l'état de faiblesse ou d'ignorance du

[653] Sur l'insuffisance du vice de violence à réparer toutes les hypothèses dans lesquels le professionnel exerce une contrainte sur le consentement du consommateur, v. *supra* n° 122.
[654] Sur la notion d'infraction formelle v. *supra* n° 353.
[655] Sur les éléments constitutifs de l'infraction d'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance v. notamment : G. RAYMOND, « Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) », *Gaz. Pal*., 2002, doctr., p. 399.

consommateur l'a empêché de saisir la portée de son engagement. Deuxièmement, l'infraction est consommée lorsque l'état de faiblesse ou d'ignorance du consommateur l'a empêché de déceler le stratagème de celui qui a profité de sa vulnérabilité. Cette hypothèse tend à incriminer les comportements des professionnels qui, s'ils ne constituent pas un dol pour le consommateur moyen, en constitue un pour les personnes faibles ou ignorantes. Troisièmement, l'infraction est consommée lorsque le consommateur a été soumis à une contrainte. Cette fois, ce sont les comportements qui se rapprochent de la violence au sens civiliste qui sont visés.

391. Il ressort des termes de l'article L. 122-8 du Code de la consommation que l'infraction n'est consommée que si un contrat a été conclu, puisqu'il faut un engagement de la personne en situation de faiblesse ou d'ignorance. Contrairement à la majorité des infractions qui sanctionnent des comportements portant atteinte au consentement du consommateur, l'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance est une infraction matérielle, dont la consommation s'apprécie *in concreto* en fonction de tel rapport de consommation. Par exemple, un comportement susceptible d'exercer une contrainte sur une personne faible n'est pas systématiquement infractionnel. Il faut que le comportement ait effectivement conduit cette personne faible à prendre un engagement en raison de l'erreur qui a été provoquée ou de la contrainte qui a été exercée. D'autre part, l'infraction est une infraction intentionnelle, elle ne peut être constituée que si l'auteur de l'abus avait connaissance, au moment de la commission de l'infraction de l'état de faiblesse ou d'ignorance de la victime. Cette incrimination, qui protège les consommateurs particulièrement faibles, permet de sanctionner des comportements qui ne seraient pas sanctionnés sur le fondement d'autres infractions parce qu'ils ne sont pas susceptibles de porter atteinte au consentement du consommateur moyen, alors qu'ils ont effectivement vicié le comportement d'une personne, moins attentive et moins avisée. Cependant, ce correctif a une portée limitée puisqu'il ne concerne que les comportements commis à l'occasion de visites à domicile et non en d'autres circonstances.

c. Les envois forcés

392. La pénalisation de la contrainte exercée sur le consentement du consommateur se fait également par l'incrimination des envois forcés par l'article L. 122-3 du Code de la

consommation[656]. Le texte d'incrimination a été modifié récemment par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. L'infraction, définie à l'article L. 122-3 du Code de la consommation, consiste à envoyer un bien au domicile du consommateur en l'absence de commande préalable, accompagné de sa facture. Le professionnel laisse le choix au consommateur de payer le bien ou de le retourner à ses frais. Le consentement du consommateur est alors contraint, et cette pratique aboutit le plus souvent par le paiement du prix. Cette pratique, qui ne peut pas être qualifiée de violence au sens de l'article 1111 du Code civil, exerce tout de même une contrainte forte sur le consentement du consommateur. La technique de l'incrimination pénale permet alors d'étendre la protection du consommateur.

d. La subordination de vente ou de prestation de service

393. L'article R. 121-13 du Code de la consommation incrimine la subordination de vente ou de prestation de service. Elle est définie à l'article L. 122-1 du Code de la consommation. Il s'agit pour le professionnel de « subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service » ou à « subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit ». L'origine de l'interdiction de la subordination de vente ou de prestation de service remonte aux périodes de pénuries connues pendant la guerre et l'occupation[657]. A cette époque, les commerçants profitaient de la rareté de certains biens de consommation pour imposer l'achat concomitant par le consommateur d'autres biens dont il n'avait pas l'utilité. Ce comportement se rapprochait alors de l'exploitation abusive des circonstances économiques, sanctionnée civilement sur le fondement de la violence. Depuis, l'interdiction a été maintenue dans le but de protéger les intérêts des consommateurs. La grande souplesse du texte permet de sanctionner de nombreux comportements. A l'extrême, l'usage selon lequel les pompistes imposent d'acheter un minimum de carburant, ou le conditionnement de plusieurs objets identiques, comme les allumettes, pourraient être sanctionnés pénalement. Les illustrations récentes montrent que l'infraction est surtout invoquée par des concurrents pour remettre en cause les offres proposés par certains de leurs concurrents. L'interdiction de principe des ventes ou

[656] Sur les envois forcés v. J.-F. ARTZ, « La prohibition des envois forcés », *D.*, 1975, chron., p. 129J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *op. cit.*, n° 108.
[657] L. du 21 octobre 1940, JO 10 novembre 1940.

prestations de services subordonnées est remise en cause sous l'influence du droit communautaire[658]. Désormais, l'infraction ne s'applique que si la pratique des ventes ou prestations de service subordonnées constitue une pratique commerciale trompeuse ou une pratique commerciale agressive au sens des articles L. 121-1 et suivants et L. 122-11 et suivants du Code de la consommation.

B. La protection de la santé et de la sécurité des consommateurs

394. La protection de la santé et de la sécurité du consommateur est une préoccupation importante des pouvoirs publics qui dépasse largement le cadre contractuel. Cette préoccupation se traduit par l'adoption de nombreuses dispositions en ce sens, dont la violation est incriminée. Ces dispositions ont un effet sur les contrats de consommation, principalement sur la définition des obligations contractuelles des professionnels. D'abord, elles permettent de définir les caractéristiques essentielles que doivent respecter les produits proposés par les professionnels et donc, elles concourent à définir les contours de l'obligation contractuelle de conformité qui pèse sur les professionnels. Ensuite, elles participent à l'émergence d'une obligation contractuelle de sécurité. Ainsi, une obligation générale de sécurité des produits et des services a été mise à la charge des professionnels par la loi du 21 juillet 1983. Elle est désormais codifiée à l'article L. 221-1, alinéa 1er, du Code de la consommation qui dispose que « Les produits et les services doivent, dans des conditions normales d'utilisation ou d'autres conditions raisonnablement prévisibles par le professionnel, présenter la sécurité à laquelle on peut légitimement s'attendre et ne pas porter atteinte à la santé des personnes ». Plusieurs incriminations pénales permettent de sanctionner la violation de cette obligation fondamentale pour les consommateurs.

395. D'abord, l'incrimination des falsifications et des infractions qui lui sont connexes, définies à l'article L. 213-3 du Code de la consommation, participe à la protection de la santé des consommateurs. Cette infraction, créée par la loi du 1er août 1905 est généralement étudiée en même temps que l'infraction de tromperie. Pourtant, les objectifs poursuivis par l'incrimination de ces deux types de comportements sont différents.

[658] V. *infra* nos 526 et s.

L'incrimination des tromperies tend à protéger le consentement des consommateurs face aux pratiques dolosives des professionnels alors que celle des falsifications tend à protéger la santé du consommateur dans le domaine alimentaire. Elle concerne l'alimentation humaine et animale, les boissons, les produits agricoles ou naturels, ainsi que les substances médicamenteuses. Elle consiste à avoir « recours à une manipulation ou à un traitement illicite ou non conforme à la réglementation en vigueur, de nature à en altérer la constitution physique ». Par exemple, il y a falsification lorsque la viande proposée au consommateur est décongelée et recongelée[659], ou le fait d'enrichir un vin d'appellation d'origine contrôlée par du sucre pour augmenter son taux d'alcool[660]. Il y a, dans toutes les hypothèses de falsification, une violation de l'obligation de conformité qui se caractérise par une violation des dispositions légales ou règlementaires ou des usages de la profession, ou par une atteinte à ce que pouvait légitimement attendre le consommateur. Souvent, la commission d'une falsification est susceptible de mettre en danger la santé des consommateurs.

396. Ensuite, s'il n'existe pas d'infraction générale issue du droit de la consommation permettant de réprimer la mise en danger d'autrui par la mise sur le marché de produit dangereux ou nuisibles, elle constitue une circonstance aggravante des infractions de tromperies et de falsifications. En effet, l'article L. 213-2, 1°, du Code de la consommation dispose que les peines de la tromperie sont aggravées si la tromperie « a eu pour conséquence de rendre l'utilisation de la marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal ». De même, les articles L. 213-3, alinéa 2 et L. 213-4, alinéa 2, prévoient cette aggravation respectivement pour le délit de falsification et pour les délits connexes à la falsification. Cette incrimination de l'obligation légale de sécurité des produits et des services imposée au consommateur est très indirecte et la répression ne peut être mise en œuvre que dans des hypothèses où les conditions de la tromperie, de la falsification ou de ses délits connexes sont réunies. Par exemple, le fait de mettre en vente un aliment dont la toxicité pour les consommateurs n'a pas été décelée par le producteur ou par le vendeur constitue un manquement à l'obligation légale de sécurité des consommateurs. En effet, les consommateurs peuvent « légitimement s'attendre » à ce que les aliments qui leur sont vendus ne présentent pas de danger pour leur santé.

[659] Crim., 23 janvier 2001, pourvoi n° 00-82.000 ; *Bull. crim.*, n° 19.
[660] Crim., 17 décembre 1997, pourvoi n° 96-86.164 ; *Bull. crim.*, n° 433.

Cependant, ce manquement ne constitue pas en soi le délit de tromperie ou de falsification, et la répression pénale, sur ces fondements, sera impossible. Il faut pour cela que le professionnel ait trompé les consommateurs sur la sécurité de l'aliment, ce qui implique qu'il avait connaissance du défaut de sécurité[661], ou que le défaut de sécurité soit la conséquence d'une falsification du produit, comme l'emploi d'un additif, non autorisé par la règlementation en vigueur, et toxique pour l'homme.

397. La répression des manquements à l'obligation de sécurité est plus sûrement assurée par l'incrimination des manquements aux décrets pris en application des articles L. 214-1, L. 221-3, L. 221-5, et L. 221-6 du Code de la consommation. D'abord, l'article L. 214-1 autorise le pouvoir règlementaire à adopter des décrets en Conseil d'Etat relatifs à la conformité. Si le domaine des décrets pris en application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation ne concerne pas spécifiquement la sécurité des produits et des services, les règlementations contiennent de nombreuses obligations pour les professionnels qui permettent de renforcer leur sécurité. Par exemple, de nombreux règlements communautaires et dispositions règlementaires prises en application de L. 214-1 du Code de la consommation tendent à renforcer la sécurité alimentaire des consommateurs en encadrant ou prohibant l'emploi de certaines substances dangereuses pour la santé. Ensuite, l'article L. 221-3 du Code de la consommation autorise, après avis de la Commission de la sécurité des consommateurs ou de l'Agence française de sécurité sanitaire des aliments ou de l'Agence française de sécurité sanitaire des produits de santé, suivant le produit concerné, l'adoption par décret en Conseil d'Etat, des mesures nécessaires pour prévenir ou faire cesser les dangers provoqués par les produits ou les services. Ces mesures ne peuvent avoir pour objet que la sécurité des produits[662]. De nombreux décrets ont été adoptés en application de l'article L. 221-3 du Code de la consommation pour assurer la sécurité des produits. Ils concernent des produits de consommation très variés : caoutchouc[663], lits superposés[664], briquets[665]… Aucune

[661] La connaissance du défaut de sécurité présentée par le produit n'est pas une condition pour établir le manquement du professionnel à l'obligation de sécurité dont il a la charge pour les biens. Ainsi, il ne peut s'exonérer de sa responsabilité civile fondée sur le régime de responsabilité des produits défectueux que s'il prouve que son ignorance du défaut de sécurité est justifiée par l'état des connaissances scientifiques ou techniques au moment de la mise en circulation du produit.
[662] Article L. 221-9 du Code de la consommation.
[663] Décret n° 87-729 du 28 août 1987.
[664] Décret n° 95-949 du 25 août 1995.

disposition générale n'incrimine le manquement aux dispositions des décrets pris en application de l'article L. 221-3 du Code de la consommation, mais les décrets d'application contiennent souvent les textes d'incrimination sanctionnant la violation de leur disposition. Si les infractions définies sont nécessairement des contraventions[666], leur gravité, la classe de la contravention, varie en fonction du décret méconnu. Enfin, en cas d'urgence, c'est-à-dire de « danger grave ou immédiat », la procédure de consultation prévue à l'article L. 221-3 est supprimée. Les articles L. 221-5 permettent au ministre chargé de la consommation ou aux ministres intéressés, de prendre des mesures par voie règlementaire pour assurer la santé des consommateurs. Les décisions de la commission européenne prises en application du règlement CE n° 178/2002 du 28 janvier 2002 et de la directive 2001/95/CE relatives à la sécurité des produits sont assimilés à des mesures d'exécution de l'article L. 221-5 du Code de la consommation. La violation des décrets pris en application de ces dispositions du Code de la consommation est érigée en infraction pénale respectivement par les articles R. 223-1 et R. 223-2 du Code de la consommation.

398. Tous ces décrets tendent à assurer la sécurité et à protéger la santé des consommateurs par des mesures préventives destinées à garantir la sécurité des produits proposés aux consommateurs. Leur violation constitue un manquement à l'obligation de sécurité mise à la charge des professionnels, lorsqu'elle a eu des conséquences préjudiciables pour un ou plusieurs consommateurs. Les infractions consommées par la violation de l'un de ces décrets ne correspondent pas toujours à la violation de l'obligation. Les infractions sont des infractions de prévention qui punissent des comportements très en amont de la réalisation du dommage redouté. Toutefois, l'incrimination de l'obligation générale de sécurité prévue à l'article L. 221-1 du Code de la consommation est éparse, et dépend de la violation d'une obligation très spécifique, issue de règlementations destinées à garantir la sécurité des produits et des services. L'incrimination du manquement de l'obligation générale de sécurité doit alors être recherchée dans les infractions de droit commun comme la mise en danger délibérée

[665] Décret n° 2006-1129 du 8 septembre 2006.

[666] Le pouvoir règlementaire n'est compétent pour la définition des infractions que pour celle des contraventions. Les crimes et les délits sont nécessairement définis par la loi en application du principe de légalité criminelle.

d'autrui[667] ou les atteintes involontaires à l'intégrité physique[668]. Ces infractions participent à la répression du manquement à l'obligation de sécurité des professionnels.

C. La protection limitée de l'équilibre contractuel

399. L'équilibre du contrat est au cœur des préoccupations des parties. Elles espèrent toutes faire une « bonne affaire », ou au minimum obtenir une contrepartie équivalente à leur prestation. Cependant, le droit civil classique s'est très peu préoccupé de l'équilibre du contrat, celui-ci devant être atteint par le jeu des libres volontés des parties au cours de la négociation. Le législateur, constatant l'irréalisme de ce postulat de départ, a établi des règles propres aux contrats de consommation. Il a abordé le problème principalement en encadrant la formation du contrat de consommation, pour protéger le consentement du consommateur. Ce type de dispositions se situe, d'une certaine manière, dans la ligne de la théorie de l'autonomie de la volonté. Grâce à l'encadrement de la période précontractuelle, le consommateur doit avoir pleinement conscience du contrat qu'il conclut, et il n'accepte ainsi que les contrats qu'il estime équilibrés. Néanmoins, la protection du consentement du consommateur a été jugée insuffisante à garantir l'équilibre du contrat de consommation, et des règles spécifiques ont été adoptées. Elles visent à garantir ou à rétablir un équilibre des prestations dans les contrats de consommation. Pourtant, les dispositions tendant à assurer l'équilibre contractuel, sont moins souvent accompagnées de sanctions pénales que celles tendant à protéger le consentement du consommateur.

400. L'équilibre entre les prestations des parties à un contrat de consommation se vérifie d'abord par l'équivalence entre le prix payé par le consommateur et le produit, bien ou service, fourni par le professionnel. Depuis l'ordonnance du 1er décembre 1986, le principe est la liberté dans la fixation des prix par les professionnels. Elle a été codifiée

[667] Art. 223-1 C. pén. Les conditions de l'infraction sont strictes, la répression des professionnels qui provoque un danger par la mise sur le marché de produits dangereux ou toxique en est complexe. (…)

[668] Articles 222-19 à 222-21, et 221-6 du Code pénal. L'infraction d'atteinte volontaire à l'intégralité physique ou à la vie est constituée lorsqu'une faute non intentionnelle, définie comme une « maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement » est la cause de l'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie. La gravité de l'infraction varie en fonction de la gravité du préjudice causé à la victime. Sur ces infractions : J. CALAIS-AULOY et F. STEINMETZ, *op. cit.*, n° 270 et s.

à l'article L. 410-2 du Code de commerce, repris à l'article L. 113-1 du Code de la consommation. Les prix sont alors « librement déterminés par le jeu de la concurrence »[669]. Par exception au principe de liberté des prix, des décrets en Conseil d'Etat peuvent réglementer les prix dans deux hypothèses, lorsque la concurrence est trop faible voire inexistante, ou pour lutter, par des mesures temporaires, contre des hausses ou de baisses excessives de prix. Le domaine de la règlementation des prix laissent apparaître clairement que ceux-ci doivent être encadrés parce que les conditions favorisant un certain équilibre des contrats proposés par les professionnels ne sont pas réunies. D'une part, un encadrement permanent est possible lorsque les conditions d'une véritable concurrence n'existent pas. Sont ainsi encadrés les prix des taxis par le décret n° 87-238 du 6 avril 1987, en raison des dispositions législatives et règlementaires qui limitent le nombre de taxis et, par conséquent, restreignent le jeu normal de la concurrence. D'autre part, des mesures temporaires, d'une durée de six mois maximum, peuvent être adoptées lorsque les circonstances entraînent une flambée des prix ou au contraire une baisse excessive des prix. La violation de ces règlementations est incriminée par l'article R. 113-1 du Code de la consommation. Par ailleurs, l'équilibre des contrats de consommation est garanti ponctuellement par des règles spécifiques. Ainsi, le taux d'intérêt convenu dans les contrats de crédit est limité. Il ne peut pas dépasser un taux usuraire. Par ces dispositions, un certain équilibre du contrat de prêt est garanti et la violation de celles-ci est incriminée par l'article L. 313-5 du Code de la consommation.

401. L'équilibre d'un contrat ne se mesure pas uniquement au regard de l'équivalence des prestations de chaque partie. Il confère également des droits et fait naître des obligations qui sont regardés comme accessoires par les parties. Les droits et les obligations de chacun peuvent également créer un déséquilibre contractuel. Conscient de ce problème, le législateur a interdit, de manière générale, dans tous les contrats de consommation, l'insertion de clauses abusives. Le contrôle prévu à l'article L. 132-1 du Code de la consommation ne porte ni sur la définition de l'objet du contrat, ni sur l'équivalence des prestations des deux parties. C'est donc bien l'examen des éléments accessoires qui est effectué par le contrôle des clauses abusives. Ces dispositions jouent

[669] Le droit de la concurrence, qui vise à garantir l'existence d'une concurrence sur les prix en interdisant notamment les pratiques anticoncurrentielles comme les ententes ou les abus de position dominante. Il participe donc à la protection des consommateurs en garantissant l'équilibre des contrats de consommation.

un rôle central pour rétablir l'équilibre d'un contrat déséquilibré au moment de sa conclusion. En effet, l'équilibre des droits accordés à chaque partie est tout aussi important que les obligations essentielles, et peut avoir des conséquences financières très importantes pour le consommateur. Mais curieusement, cette disposition centrale du mécanisme de protection des consommateurs instaurée par la loi n'est pas sanctionnée pénalement.

D. La protection de l'effectivité des droits des consommateurs

402. Généralement, le législateur s'intéresse peu à l'effectivité des droits des contractants. Il confère des droits par l'encadrement des contrats spéciaux et c'est au titulaire de ces droits de les faire valoir en justice. Or, les consommateurs se trouvent souvent démunis pour faire respecter leur droit. D'abord, ils ne sont pas toujours informés de l'existence et de l'étendue de leurs droits qui découlent de la loi ou du contrat de consommation. Ensuite, lorsque les obligations sont violées, ils n'entreprennent pas forcément une action en justice pour les faire respecter en raison de la faiblesse des enjeux économiques. Ponctuellement, les dispositions du droit de la consommation, en incriminant certains comportements des professionnels favorisent l'effectivité des droits des consommateurs.

403. D'abord, de nombreuses dispositions encadrant le délai de réflexion[670] ou les facultés de rétractation[671] ont pour objectif d'assurer l'effectivité de ces droits qui peut être remise en cause par le comportement des professionnels. Ces dispositions sont sanctionnées pénalement. Ainsi, les délais de réflexion, ou les droits de rétractation, lorsqu'ils sont imposés au profit du consommateur dans un contrat de consommation, s'accompagnent de l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur sur son existence et sur ses conditions de mise en œuvre. Cette obligation permet d'informer le consommateur sur les droits dont il dispose, et ainsi participe à l'effectivité de ses droits. Le manquement à cette obligation particulière d'information est toujours érigé en

[670] Le consommateur dispose d'un délai de réflexion lorsque le contrat ne peut pas être conclu avant l'écoulement d'un certain délai pendant lequel le consommateur peut réfléchir à son futur engagement contractuel qu'il reste libre de conclure ou non.
[671] Le consommateur dispose d'un droit de rétractation lorsqu'il peut, après la conclusion du contrat et pendant un certain délai, revenir sur son engagement et résoudre le contrat conclu.

infraction pénale. Par exemple, pour les contrats conclus à distance, et les contrats conclus à la suite d'un démarchage, les professionnels ont l'obligation d'informer les consommateurs sur l'existence d'un délai de réflexion ou d'un droit de rétractation et sur ses modalités d'exercice. Ces dispositions sont sanctionnées pénalement[672]. Le manquement à l'obligation d'information sur le droit de rétractation dont dispose le consommateur dans les contrats conclus à distance et les contrats conclus à la suite d'un démarchage, se trouve également incriminé de manière spécifique lorsque ces contrats portent sur la fourniture d'électricité ou de gaz naturel. Les articles R. 121-14 et R. 121-15 du Code de la consommation incriminent respectivement la violation des articles L. 121-87 et L. 121-88 du même code. Ces deux articles disposent, d'une part, que l'offre de contrat doit mentionner l'existence du droit de rétractation, et d'autre part, que le contrat doit en mentionner les modalités d'exercice lorsqu'il est prévu aux articles L. 121-20 et L. 121-25 du Code de la consommation, c'est-à-dire celui prévu pour les contrats conclus à distance et celui prévu pour les contrats conclu à la suite d'un démarchage[673]. D'autres dispositions, en raison de l'objet du contrat de consommation, font bénéficier le consommateur d'un délai de réflexion ou d'une faculté de rétractation, qui s'accompagnent de l'obligation pour le professionnel d'informer le consommateur sur l'existence de ce droit et sur les modalités de son exercice. Ainsi, l'article L. 121-79-2 du Code de la consommation prévoit la sanction pénale en cas de violation de cette obligation particulière d'information, pour les contrats d'utilisation de biens à temps partagé, les contrat de produits de vacances à long terme, les contrats de revente et les contrats d'échange. L'article L. 311-34 du Code de la consommation incrimine un tel comportement pour les crédits à la consommation, l'article L. 312-33 du Code de la consommation pour les crédits immobiliers, enfin, l'article L. 314-5 du Code de la consommation pour les prêts viagers hypothécaires. Il en est de même lorsque

[672] La violation de l'obligation d'information sur le droit de rétractation et ses modalités d'exercice est incriminée à l'article R. 121-1-1 du Code de la consommation pour les contrats conclus à distance, aux articles R. 121-2-3 et R. 121-2-4 pour les contrats conclus à distances portant sur des produits financiers, à l'article L. 121-28 pour les contrats conclus à la suite d'un démarchage.

[673] La superposition des incriminations du manquement à l'obligation d'informer le consommateur sur son droit de rétractation pose des problèmes évidents de concours d'infractions notamment en ce qui concerne le démarchage. Ce manquement est sanctionné de manière générale par l'article L .121-28 d'un d'emprisonnement d'un an et de 3 750 euros d'amende. Il n'est sanctionné que d'une contravention de la cinquième classe, en application des articles R. 121-14 et R. 121-15, lorsque le démarchage porte sur un contrat de fourniture d'électricité et de gaz naturel. Sur la question du concours d'infractions v. *infra* n° 513 et s.

l'obligation d'informer le consommateur sur le délai de réflexion ou le droit de rétractation trouve sa source en dehors du Code de la consommation[674]. Dans certaines hypothèses, l'obligation du professionnel d'informer le consommateur de l'existence et des modalités d'exercice de la faculté de rétractation s'accompagne d'un formalisme particulier destiné à faciliter l'exercice de son droit par le consommateur. Le contrat de consommation doit comporter un formulaire de rétractation détachable. Il est destiné à faciliter la rétractation du consommateur. La fourniture d'une offre ou d'un contrat sans formulaire de rétractation détachable, ou avec un formulaire qui ne respecte pas la règlementation, est sanctionnée pénalement[675]. L'effectivité du droit de rétractation se trouve également garantie, sous peine de sanctions pénales, par l'interdiction faite au professionnel de recevoir des paiements de la part du consommateur pendant l'écoulement du délai de réflexion, ou, plus généralement, de commencer l'exécution du contrat de consommation. Ainsi, ces comportements sont incriminés par l'article L. 121-28 du Code de la consommation pour les contrats conclus à la suite d'un démarchage à domicile, par l'article L. 121-79-3 du Code de la consommation pour les contrats de jouissance d'immeuble à temps partagé et par l'article L. 311-35 du Code de la consommation pour le crédit immobilier.

404. Les problèmes qui concernent l'exécution du contrat de consommation peuvent également porter sur l'atteinte aux droits que les consommateurs tirent du contrat de consommation. L'incrimination des pratiques commerciales agressives prohibe, sous peine de sanction pénale, de tels comportements. En effet, les pratiques commerciales agressives définies en troisième lieu à l'article L. 122-11 du Code de la consommation sont celles qui entravent l'exercice d'un des droits contractuels du consommateur. A la différence des deux autres catégories de pratiques commerciales agressives[676], l'infraction n'est, dans ce cas, constituée que si le résultat est effectivement atteint, c'est-à-dire si la pratique a réellement entravé « l'exercice des droits contractuels d'un consommateur ». Certaines pratiques des professionnels commises au cours de l'exécution du contrat sont

[674] Donner des exemples pris dans les dispositions du droit des assurances.
[675] Article L. 121-28 pour les contrats conclus à la suite d'un démarchage.
[676] Les deux premières catégories de pratiques commerciales agressives définies par l'article L. 122-11 du Code de la consommation présentent une double nature, matérielle et formelle. Par conséquent, elles sont consommées même si la pratique commerciale mise en œuvre par le professionnel n'a causé aucun dommage. V. *infra* paragraphe suivant.

réputées agressives tels que le fait d'imposer à un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance de produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande, ou le fait de s'abstenir de répondre à des correspondances pertinentes dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels.

405. Tous les comportements qui entravent l'exercice des droits du consommateur ne sont pas appréhendés par ces infractions. Les infractions concernant les délais de réflexion et les facultés de rétractation sont spécifiques, et les pratiques commerciales agressives supposent, si elles ne sont pas réputées agressives par l'article L. 122-11-1 du Code de la consommation, le recours au harcèlement ou à l'usage d'une contrainte physique ou morale[677]. Ces incriminations constituent peut être les premières étapes de la reconnaissance d'une obligation à la charge des professionnels de garantir l'effectivité des droits des consommateurs accordés par le contrat de consommation ou par la loi. Mais actuellement, l'insertion de clauses abusives qui réduisent les droits contractuels des consommateurs, comme celles qui limitent les obligations du professionnel, ou le droit à indemnisation du consommateur est exclue du champ pénal.

§2. La place du résultat dans la définition des infractions

406. Les incriminations sont omniprésentes en droit de la consommation. Le recours à la peine par l'édiction de sanctions pénales est alors quasiment systématique dans l'objectif de prévenir sa violation. Les peines se distinguent des sanctions principalement réparatrices parce que la réalisation, même éventuelle, du dommage, si elle justifie la pénalisation du comportement potentiellement dommageable, n'est pas une condition nécessaire de son prononcé[678]. Si les incriminations protectrices des intérêts des consommateurs sont nombreuses et variées, elles présentent souvent le trait commun de définir des infractions formelles qui sont consommées même en l'absence de dommage causé à un consommateur individualisé. Ce choix permet de renforcer la prévention en prohibant des comportements qui sont potentiellement préjudiciables indépendamment du

[677] V. *supra* n° 388.
[678] V. *supra* n^os^ 352 et s.

résultat. Ainsi, *la prépondérance des infractions formelles (A)* entraîne *la primauté de la fonction dissuasive des incriminations pénales (B).*

A. La prépondérance des infractions formelles

407. Les incriminations adoptées par le législateur dans l'objectif de prévenir les comportements susceptibles de porter atteinte aux droits des consommateurs, définissent rarement des infractions matérielles pour lesquelles la réalisation du dommage, c'est-à-dire la lésion des intérêts d'au moins un consommateur identifié, est une condition de l'infraction.

408. Tout d'abord, l'infraction de tromperie incriminée à l'article L. 213-1 du Code de la consommation est une infraction matérielle. L'infraction n'est consommée que si un dommage découle du comportement du professionnel, dommage qui se manifeste par l'erreur commise par un contractant sur une qualité substantielle de l'objet du contrat. Cependant, l'article L. 213-1 du Code de la consommation incrimine également la tentative de tromperie, il en résulte que la répression est possible lorsqu'un comportement est susceptible de tromper un contractant mais a échoué en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur.

409. Ensuite, l'infraction d'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance incriminée à l'article L. 122-8 du Code de la consommation et, dans une certaine mesure, celle de pratiques commerciales agressives incriminées à l'article L. 122-11 du Code de la consommation, sont des infractions matérielles. L'infraction d'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance n'est consommée qu'à condition qu'elle aboutisse à vicier le consentement de la victime et à lui faire conclure un contrat. De même, l'infraction de pratiques commerciales agressives est en partie matérielle. Dans ses deux premières formes, lorsque la pratique commerciale altère ou est de nature à altérer la liberté de choix d'un consommateur ou lorsque la pratique vicie ou est de nature à vicier le consentement du consommateur, l'infraction de pratiques commerciales agressives présente une double nature, matérielle et formelle[679]. D'une part, lorsque la pratique altère la liberté de choix

[679] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 2ème éd., Paris : Litec, 2010.

d'un consommateur individualisé ou vicie son consentement, l'infraction est matérielle parce que la réalisation du dommage est nécessaire à la consommation de l'infraction. D'autre part, lorsque l'infraction est de nature à altérer la liberté de choix, l'infraction est formelle, il suffit qu'elle soit susceptible de causer un tel dommage pour être consommée. Dans sa troisième forme, l'infraction de pratiques commerciales agressives est uniquement matérielle. La pratique commerciale est agressive et réprimée comme telle à condition qu'elle entrave l'exercice des droits contractuels d'un consommateur.

410. Les infractions matérielles sont donc largement minoritaires parmi les infractions définies par les dispositions consuméristes. La plupart des infractions qui se rapportent aux contrats de consommation sont consommées en l'absence d'atteinte effective aux droits des consommateurs. Certaines de ces infractions sont des infractions formelles au sens originaire de ce terme[680]. Pour que l'infraction soit consommée, il faut que le comportement adopté par le professionnel ait un lien de causalité avec le dommage redouté qui constitue la cause de l'infraction. Ces infractions sont consommées dès lors qu'elles sont susceptibles de causer le dommage redouté. La majorité des incriminations adoptées par des dispositions consuméristes n'intègrent pas la réalisation du dommage dans la définition des infractions. Le comportement est réprimé dès lors qu'il est « de nature à » causer le dommage redouté qui justifie l'intervention pénale, quel que soit le résultat effectif de l'infraction. Les infractions de pratiques commerciales trompeuses et de pratiques commerciales agressives, introduites récemment dans le Code de la consommation, illustrent bien cette tendance. Concernant les pratiques commerciales trompeuses définies par l'article L. 121-1 du Code de la consommation, le comportement est pénalement répréhensible dès qu'il est de nature à porter atteinte à l'intégrité du consentement du consommateur. Le professionnel ne peut pas échapper à sa responsabilité pénale en montrant que la pratique qu'il a mise en œuvre n'a pas eu d'effets concrets sur le comportement du consommateur. Concernant l'infraction de pratiques commerciales agressives, elle est, dans certaines de ses manifestations, une infraction formelle, consommée en l'absence d'atteinte effective à la liberté de choix ou au de vice réel du consentement d'une victime identifiée. De même, selon les incriminations de ces différentes infractions, les violations des dispositions relatives aux

[680] V. *infra* n° 353.

publicités comparatives lorsqu'elles sont « de nature à induire en erreur », les infractions aux règles encadrant les signes de qualités lorsqu'elles sont « de nature à faire croire qu'un produit bénéficie » d'un tel signe de qualité, les infractions aux dispositions encadrant les loteries publicitaires lorsqu'elles sont « de nature à susciter la confusion avec un document administratif ou bancaire […] ou avec une publicité de la presse d'information » sont des infractions formelles qui incriminent les comportements potentiellement trompeurs des professionnels, même si aucun consommateur ne s'est laissé prendre.

411. Le caractère formel des infractions définies par les infractions consuméristes est renforcé par la méthode d'appréciation adoptée pour caractériser la possible réalisation du dommage. Lorsque la sanction envisagée exerce une fonction principalement réparatrice, l'appréciation de l'existence d'un dommage causé par le comportement sanctionné se fait majoritairement *in concreto*, en se référant aux conséquences préjudiciables qu'a eues le comportement adopté pour la victime qui demande réparation de son préjudice, compte tenu des particularités qui la concerne[681]. Ainsi, en droit de la responsabilité, l'appréciation *in concreto* s'impose parce que la réalisation du dommage et l'étendue du préjudice constituent le fondement et la mesure de la réparation accordée à la victime. Au-delà, l'appréciation *in concreto* est employée lorsqu'il s'agit de sanctionner les comportements tendant à altérer le consentement d'un contractant. La sanction réparatrice est prononcée si le comportement dolosif ou la violence a eu une influence sur le comportement de la victime, qu'elle qu'aurait été l'influence sur une personne « normale ». Ainsi, la manœuvre dolosive impose d'apprécier *in concreto* l'existence du dommage qu'elle provoque, c'est-à-dire l'existence d'une erreur chez la victime du dol, ainsi que son caractère déterminant[682]. De même, l'appréciation du caractère déterminant de la violence s'opère *in concreto* lorsqu'il s'agit d'envisager ses conséquences sur la validité du contrat[683].

[681] N. DEJEAN DE LA BATIE, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français*, Paris : LGDJ, 1965, n° 337 : « S'il est une notion à l'égard de laquelle l'appréciation abstraite semble, au premier abord, injustifiable, c'est bien celle du dommage, telle qu'on la rencontre en droit de la responsabilité. » et n^{os} 283 à 286.
[682] N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, n^{os} 279 et s.
[683] N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, n^{os} 287 et s.

412. Même lorsque l'infraction est formelle et ne suppose par la réalisation effective du dommage pour être consommée, l'appréciation *in concreto* est possible. Il faut examiner, au regard des circonstances concrètes et des particularités individuelles d'une personne, si le comportement adopté est de nature à lui causé un dommage, quel que soit le résultat réel. Par exemple pour l'infraction de pratiques commerciales trompeuses définie à l'article L. 121-1 du Code de la consommation, l'appréciation *in concreto* de la potentielle réalisation du dommage, autrement dit de l'erreur provoquée, imposerait de montrer que le comportement du professionnel est susceptible d'induire en erreur un des destinataires identifiés de la pratique commerciale dont la légalité est examinée. L'orientation du droit positif est différente. Sous l'impulsion des dispositions de l'Union européenne, particulièrement de la directive n° 2005/25/CE du 11 mai 2005, l'appréciation de la potentielle réalisation du dommage s'opère *in abstracto*. Cette dernière consiste à « se demander quel dommage aurait subi, dans la conjoncture envisagée, une victime normale et abstraite »[684]. Appliquée aux infractions consuméristes qui tendent à vicier ou à altérer le consentement du consommateur, l'appréciation *in abstracto* consiste à se demander quel dommage aurait subi le consommateur moyen, autrement dit si le consentement du consommateur moyen aurait pu être vicié ou altérer par la pratique mise en œuvre par le professionnel. De nombreuses infractions aux dispositions consuméristes sont consommées lorsque le comportement du professionnel est susceptible de causer un dommage, non pas à une victime individualisée, mais à une personne abstraite incarnée par le consommateur moyen, normalement attentif et avisé[685]. Par exemple, l'infraction de pratiques commerciales trompeuses est consommée lorsque la pratique commerciale employée par le professionnel est de nature à tromper le consommateur moyen. En appréciant la potentielle réalisation du dommage à l'égard d'une abstraction, le consommateur moyen, le caractère formel de l'infraction est renforcé parce que le dommage qu'il faut caractériser est lui-même abstrait.

[684] N. DEJEAN DE LA BATIE, *op. cit.*, n° 340.

[685] Ainsi, l'article 5 de la directive, qui définit la notion de pratiques commerciales déloyales se réfèrent expressément à la notion de consommateur moyen, la pratique commerciale est déloyales si «altère ou est susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique, par rapport au produit, du consommateur moyen [souligné par nous] qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe [souligné par nous] lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ».

413. Compte tenu de la multiplication des contrats de consommation, ce mode d'appréciation est particulièrement pertinent lorsque la sanction envisagée poursuit des finalités répressives. En effet, les règles qui s'imposent aux professionnels tendent à assurer la protection des consommateurs. Mais les peines qui les sanctionnent ne sont pas prévues dans l'objectif de réparer les éventuelles conséquences néfastes provoquées par la violation des dispositions consuméristes. En outre, les comportements incriminés n'impliquent pas nécessairement que le professionnel soit en rapport avec un consommateur identifié mais ils se destinent, comme la publicité, à n'importe quel consommateur. En conséquence, le caractère infractionnel du comportement des professionnels doit être apprécié en fonction de la pratique qui est mise en œuvre et il doit être le même, quelles que soient les facultés individuelles du consommateur destinataire de la pratique commerciale. Il serait étrange qu'un professionnel, ayant réalisé une pratique de nature à porter atteinte aux intérêts du consommateur moyen, échappe à sa responsabilité pénale parce que, pour un contrat considéré, il a contracté avec un consommateur particulièrement diligent. A l'inverse, il serait injuste qu'un professionnel qui, par un comportement qui ne tromperait pas le consommateur moyen, soit sanctionné parce qu'un consommateur plus crédule ou moins averti que la moyenne s'est laissé prendre. Cette appréciation *in abstracto* présente alors l'inconvénient de laisser à la marge la protection les personnes les plus faibles. Mais cet inconvénient peut être surmonté. D'une part, l'appréciation *in abstracto* ne signifie pas que le consommateur de référence doit être unique. L'appréciation doit se faire en fonction de la catégorie visée par la pratique commerciale. Ainsi, si une pratique vise une catégorie précise de consommateur peu avisé, la pratique consommera l'infraction à condition qu'elle soit susceptible d'induire le consommateur type de cette catégorie en erreur. D'autre part, l'appréciation *in concreto* n'est pas systématiquement écartée. Elle reste pertinente lorsque le comportement incriminé ne peut être adopté qu'à l'égard d'un consommateur individualisé, comme la contrainte ou le harcèlement incriminés, sous certaines de leurs formes, par les articles L. 122-1 et suivants du Code de la consommation qui prohibent les pratiques commerciales agressives et par l'article L. 122-8 du même code qui prohibe l'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance. Contrairement à la tromperie, qui peut être commise au moyen de pratiques s'adressant à l'ensemble des consommateurs, comme la publicité, ou les mentions sur l'étiquetage, la contrainte et le harcèlement sont nécessairement individualisés. C'est ce qui explique que les infractions d'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance et de pratiques commerciales agressives soient, au moins pour

partie, des infractions matérielles. Pour cette dernière infraction, la rédaction du texte d'incrimination permet d'envisager une double interprétation. En premier lieu, s'agissant de l'infraction matérielle, c'est-à-dire consommée lorsque la pratique commerciale du professionnel a altéré la liberté de choix du consommateur ou a vicié son comportement, l'interprétation de la réalisation du dommage se fait *in concreto*. Il s'agit d'évaluer, comme pour le dol ou la violence, si la victime de la pratique commerciale a effectivement subi un dommage compte tenu de ses compétences personnelles, même si un consommateur moyen n'aurait pas été impressionné par ces pratiques. En second lieu, pour ce qui est de l'infraction formelle, c'est-à-dire lorsqu'elle est consommée en l'absence de résultat dommageable dès qu'elle est de nature à altérer la liberté de choix du consommateur ou à vicier son consentement, l'interprétation de la réalisation du dommage se fait alors *in abstracto*, de la même manière que celle qui prévaut pour les pratiques commerciales trompeuses.

414. Une autre catégorie d'infractions, proche des infractions formelles, imprègne fortement le droit de la consommation. Il s'agit des infractions de prévention, encore appelées infractions obstacles, qui se développent plus généralement dans le domaine des législations et des règlementations techniques. Le texte d'incrimination ne se réfère en aucune manière au dommage subi ou au dommage susceptible de se réaliser. Le comportement est réprimé dès qu'il correspond à l'acte matériel défini par l'incrimination, quel que soit son effet dommageable. L'objectif poursuivi est de prévenir la réalisation du dommage en prohibant les activités humaines qui pourraient le générer.

415. Les infractions de prévention sont souvent définies par renvoi aux textes qui imposent des obligations spécifiques aux professionnels. Le texte d'incrimination précisant simplement que la violation de ces textes constitue l'infraction et prévoit les sanctions pénales applicables[686]. L'incrimination des manquements aux nombreuses obligations d'information mises à la charge des professionnels constitue une bonne illustration de ce type d'infraction. Les obligations d'information ont pour objet de protéger le consentement du consommateur en favorisant la connaissance qu'il peut avoir du contrat conclu. L'infraction est consommée dès lors que l'information n'est pas transmise au consommateur, même s'il s'agit d'un défaut mineur d'information, ou que le

[686] Sur la méthode d'incrimination par renvoi v. *infra* n° 494 et s.

consommateur connaissait l'information par ailleurs, et que ce défaut d'information n'est en aucun cas susceptible d'altérer le consentement du consommateur, même le plus crédule. Les infractions de prévention sont donc très éloignées des infractions de résultat, comme l'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance, qui ne serait consommée qu'en cas d'atteinte effective au consentement d'un consommateur. En outre, la protection du consentement du consommateur par l'édiction d'infraction de prévention intervient bien en amont que par l'édiction d'infractions formelles classiques, parce que le lien de causalité entre le comportement prohibé et le résultat redouté est beaucoup plus lâche. C'est d'ailleurs pour cela qu'elles sont appelées infractions de prévention. Au-delà de la sanction des obligations d'information imposées aux professionnels, les infractions de prévention sont très nombreuses en droit de la consommation du fait de l'utilisation importante de l'incrimination par renvoi. Par exemple, le manquement aux nombreux décrets pris en application des articles L. 113-3 et L. 214-1 du Code de la consommation sont incriminés respectivement par les articles R. 113-1 et L. 214-2 du même code. De même, les infractions définies comme la violation des dispositions relatives à un contrat de consommation spécifique en raison de son mode de formation comme le démarchage ou les contrats conclus à distance, ou en raison de son objet particulier comme les contrats de fourniture d'énergie ou les contrats de crédit à la consommation, sont le plus souvent des infractions de prévention, dont la consommation ne dépend d'aucune manière du dommage que pourrait causé le comportement incriminé aux consommateurs. L'existence des nombreuses infractions de prévention sont remises en cause par les dispositions du droit communautaire, notamment par la directive n° 2005/29/CE relatives aux pratiques commerciales déloyales, qui impose dans certaines circonstances, que le caractère potentiellement déloyal soit démontré pour sanctionner le professionnel[687]. L'interdiction de principe de certaines pratiques commerciales est condamnée par la Cour de Justice des communautés européennes parce qu'elle n'exige pas que soit démontrée leur influence potentielle sur le comportement des consommateurs ; elles constituent à ce titre des infractions de prévention.

[687] Sur cette question, v. *infra* et les références citées.

B. La primauté de la fonction dissuasive de l'incrimination

416. En choisissant d'incriminer des infractions formelles ou des infractions de prévention, le législateur fait prévaloir les fonctions utilitaires de la sanction, telle que la dissuasion des comportements antisociaux, sur ses fonctions morales, telle que la rétribution. D'abord, l'incrimination d'infractions formelles et d'infraction de prévention a pour effet de faire intervenir la répression pénale en amont de la réalisation du dommage dans un objectif préventif. Le dommage causé à la société est moins important, ce qui place au second plan la rétribution. Ensuite, la qualification d'infraction formelle ou d'infraction de prévention, si elle repose sur l'élément matériel de l'infraction pénale, a une influence sur le contenu de son élément moral. Pour qu'une infraction pénale soit consommée, cela suppose une faute morale de son auteur. Cette dernière, dans sa gravité la plus faible, se caractérise par un manquement à une norme de conduite pénalement sanctionnée. Ainsi, ce type de faute suffit à consommer une contravention, l'élément moral se confond alors avec l'élément matériel. Cependant, pour les crimes et les délits, la faute est en principe intentionnelle[688]. L'auteur doit au minimum avoir la connaissance de la norme transgressée, et la volonté de la transgresser. Outre la volonté de transgresser la norme, l'élément moral se caractérise par un dol qui se détermine par la volonté d'atteindre le résultat défini par le texte d'incrimination comme condition de la consommation de l'infraction. Par conséquent, lorsque le résultat défini par le texte d'incrimination ne correspond pas à un résultat dommageable, mais simplement à son éventualité voire, lorsque le dommage redouté n'apparaît pas dans le texte d'incrimination, la volonté du dommage n'est pas exigé avec autant de force que pour les infractions matérielles. Ainsi, pour les infractions formelles, le dol consiste à avoir conscience du caractère potentiellement dommageable du comportement incriminé pour un consommateur moyen, sans pour autant rechercher ce dommage pour une victime identifiée. Plus encore, pour les nombreuses infractions de prévention, dont certaines sont délictuelles, le résultat consiste en la méconnaissance de la norme sanctionnée, quel que soit son effet, et l'effet qui est recherché. L'élément moral de l'infraction est alors très léger et réside dans le seul dol général, c'est-à-dire dans la connaissance et la volonté de transgresser la règle de droit sanctionnée. La conséquence est là encore que la rétribution

[688] Par exception, certains délits sont non-intentionnels.

a rôle secondaire par rapport aux fonctions utilitaires de la sanction parce que la faute sanctionnée est légère. Ce constat à propos des sanctions pénales, se retrouve pour les peines privées sanctionnant la violation des dispositions consuméristes.

Section 2. Les peines privées en droit de la consommation

417. Dès le début du XX^{ème} siècle, Hugueney a mis en lumière l'existence de peine privée ainsi que la pertinence que conserve la notion dans notre système juridique. Actuellement, l'intérêt porté aux peines privées, plus particulièrement aux dommages et intérêts punitifs, grandit et les études qui leur sont consacrées se multiplient[689]. Cependant, en l'absence de définition légale et d'un régime spécifique applicable aux peines privées, leur identification est difficile. Les contours de la catégorie des peines privées apparaissent parfois fluctuants. Ils dépendent de la conception plus ou moins large de la peine privée qui est retenue, ainsi que de l'importance respective laissée à chacun des critères. Par exemple, si la majorité des auteurs s'accorde pour considérer les clauses pénales comme de véritables peines privées, Madame Roujou de Boubée leur déniait ce caractère dans sa thèse et considérait que les indemnités versées en application d'une clause pénale s'analysaient en une sanction civile classique, à vocation principalement indemnitaire[690].

418. En s'en tenant à la définition retenue, une sanction civile peut être qualifiée de peine privée lorsqu'elle présente tous les caractères de la peine, c'est-à-dire lorsqu'elle

[689] S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris : LGDJ, 1995 ; M. CREMIEUX, « Réflexion sur la peine privée moderne », *Etudes P. Kayser*, t. II, 1979, p. 263 ; P. ESMEIN, « Peine ou réparation », *Mélanges P. Roubier*, Paris : Dalloz, 1961, p. 37 ; M. FLAMIA-BIONDETTI, *Réparation et dissuasion : analyse de la dimension punitive de la condamnation civile*, Thèse, Université de La Rochelle, 2010 ; L. HUGUENEY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Arthur Rousseau, 1904 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris : LGDJ, 2005 ; B. MAZABRAUD, *La peine privée : aspects de droit interne et international*, Thèse, Université Panthéon-Assas, 2006 ; B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, Paris : LGDJ, 2007 ; C. POPINEAU-DEHAULLON, *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : étude comparative*, Paris : LGDJ, 2008 ; M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *Essai sur la notion de réparation*, Paris : LGDJ, 1974 ; C. SINTEZ, *La fonction préventive en droit de la responsabilité : contribution à la théorie de l'interprétation et de mise en effet des normes*, Thèse, Université d'Orléans, 2009 ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Paris : L. Rodstein, 1947. V. également, sur les dommages et intérêts punitifs, les références citées *infra* aux n^{os} 554 et s.

[690] M.-E. ROUJOU DE BOUBEE, *op. cit.*, p. 71 et s.

exerce avant tout une fonction répressive. Cette fonction se traduit au niveau des conditions de son application. La faute suffit à la fonder et la peine est indépendante, dans son prononcé ou son étendue, à l'existence d'un préjudice, voire à l'existence d'une victime. Dans les contrats de consommation, certaines sanctions civiles constituent de véritables peines privées. Il en est ainsi des *sanctions en matière de crédit (§1),* de la *sanction civile des loteries publicitaires (§2)* et des *nullités fondées sur la seule violation de dispositions consuméristes (§3).*

§1. Les sanctions en matière de crédit

419. Véritables moteur de la consommation, le crédit à la consommation n'est pas sans danger pour les consommateurs. En effet, le recours excessif au crédit constitue un facteur important du surendettement des particuliers[691]. Dès lors, les contrats de crédit font l'objet d'une attention constante du législateur. Ainsi, les contrats de crédit à la consommation et de crédit immobilier ont été encadrés pour la première fois par les lois Scrivener, respectivement par la loi n° 78-22 du 10 janvier 1978 et par la loi n° 79-596 du 13 juillet 1979, modifiées à plusieurs reprises[692]. Récemment, les dispositions relatives aux crédits à la consommation ont fait l'objet d'une réforme d'ensemble par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, qui transpose la directive communautaire n° 2008/48/CE du

[691] « La lutte contre le surendettement des particuliers : une politique publique incomplète et insuffisamment pilotée », *Rapp. ann. C. comptes*, 2010, p. 461. Ce rapport rappelle que, selon la distinction établie par la banque de France, 75 % des cas de surendettement, qualifiés de surendettement passif, résultent d'un accident de la vie et 25 % des cas de surendettement, qualifiés de surendettement actif, résultent d'un comportement de consommation imprudent, autrement dit, d'un recours excessif au crédit. De prime abord, la part des situations de surendettement consécutives au recours excessif au crédit semble mesurée. Mais une analyse plus fine de ces statistiques, menée par les auteurs du rapport, révèle que la qualification de surendettement est interprétée trop largement, parce qu'elle recouvre les situations dans lesquelles l'accident de la vie se cumule avec un excès de crédit, les situations dans lesquelles l'évènement déclencheur, s'il explique la situation de surendettement, n'était pas accidentel, et les situations dans lesquelles l'évènement accidentel est sans rapport avec la situation de surendettement (v. spéc. p. 466 et 467).

[692] Depuis l'adoption du Code de la consommation, les dispositions législatives relatives au crédit à la consommation ont été modifiées par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, la loi n° 95-125 du 8 février 1995, la loi n° 98-657 du 29 juillet 1998, l'ordonnance 2000-916 du 19 septembre 2000, l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, la loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005, l'ordonnance n° 2005-1090 du 1er septembre 2005, la loi n° 2006-10 du 5 janvier 2006, l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 et en dernier lieu par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010. Celles relatives au crédit immobilier l'ont été par la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992, loi n° 96-314 du 12 avril 1996 ; la loi n° 99-532 du 25 juin 1999, l'ordonnance 2000-916 du 19 septembre 2000, la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010 et par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011.

23 avril 2008. La transposition entraîne des modifications importantes de la législation sur le crédit et une refonte complète des dispositions des articles L. 311-1 et suivant du Code de la consommation, mais l'esprit de la protection reste le même. En outre, la transposition de cette directive a été l'occasion de renforcer la protection du consommateur lorsqu'il contracte un crédit renouvelable[693], c'est-à-dire une ouverture de crédit, utilisée à la discrétion de l'emprunteur, et dont le capital disponible se reconstitue au fur et à mesure des remboursements. Plusieurs sanctions, dont le caractère pénal est important, existent en matière de crédit. *La déchéance du droit aux intérêts (A)*, instaurée par les dispositions consuméristes, s'analyse comme une peine privée. Il en est de même d'une sanction plus originale appliquée par les tribunaux qui est *la forclusion de l'action en paiement du prêteur consécutive à la suppression de clauses abusives (B)*. Comparée à ces sanctions, *la sanction de l'usure semble mesurée (C)*.

A. La déchéance du droit aux intérêts

420. La déchéance du droit aux intérêts est une sanction introduite par les lois n° 78-22 du 10 janvier 1978 et n° 79-596 du 13 juillet 1979, respectivement relative aux crédits à la consommation et aux crédits immobiliers. Elle est prononcée à l'encontre du prêteur professionnel qui ne respecte pas certaines des dispositions du Code de la consommation en matière de crédit. Il perd alors le droit de percevoir tout ou partie des intérêts prévus en rémunération du prêt qu'il a consenti, il n'obtiendra que le remboursement du capital suivant l'échéancier initialement prévu. La description du *champ d'application de la sanction (1)* et du *régime de la déchéance du droit aux intérêts (2)* permettra de mettre en lumière que *la déchéance du droit aux intérêts constitue une peine privée (3).*

1. Le champ d'application de la sanction

421. La déchéance du droit aux intérêts sanctionne la violation de certaines dispositions protectrices du consentement du consommateur qui contracte un crédit à la consommation ou un crédit immobilier. Si le champ d'application de la sanction diffère pour le crédit à

[693] Les expressions « crédit permanent » ou « crédit revolving » étaient également employées pour désigner ce type de crédit. Les dispositions de l'article L. 311-16, alinéa 1er, du Code de la consommation imposent désormais aux professionnels la dénomination unique de « crédit renouvelable » pour que ce type de crédit soit aisément identifiable par les consommateurs.

la consommation et pour le crédit immobilier[694], la seule condition au prononcé de la déchéance du droit aux intérêts réside dans la constatation de la violation de certaines des dispositions protectrices de l'emprunteur. En revanche, la déchéance du droit aux intérêts est une sanction spéciale qui ne peut être prononcée que si une disposition légale le prévoit. Ainsi, en matière de crédit immobilier, la Cour de cassation a décidé que la méconnaissance du délai de réflexion pendant lequel le souscripteur d'un crédit immobilier ne peut pas donner son acceptation, prévu par l'article L. 312-10 du Code de la consommation, n'est pas sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts, parce que la violation de ces dispositions n'est pas visée par l'article L. 312-10 du même code, mais par la nullité relative du contrat[695]. De même, en matière de crédit à la consommation, la Cour de cassation a décidé, au visa de l'article L. 311-33 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, que « la sanction de la déchéance du droit aux intérêts ne s'applique qu'au non-respect des dispositions des articles L. 311-8 à L. 311-13 du même code ». La déchéance du droit aux intérêts ne peut donc pas être appliquée en raison d'irrégularités affectant le versement du crédit[696], ou en raison d'une différence entre le montant de la mensualité avec assurance mentionnée dans l'offre de crédit et celui indiqué dans le tableau d'amortissement[697]. Ainsi, la violation d'une disposition expressément sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts est la condition nécessaire et suffisante de la sanction. Ces solutions, adoptées sous l'empire des dispositions antérieures à la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, devraient se maintenir avec les nouvelles dispositions. En effet, la même méthode est retenue pour définir les comportements sanctionnés par la déchéance du droit aux intérêts. Leur définition se fait

[694] La détermination du champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts ne soulèvent pas de difficultés en matière de crédit immobilier. Le dernier alinéa de l'article L. 312-33 du Code de la consommation renvoie à la violation des articles L. 312-7, L. 312-8, L. 312-14, alinéa 2, et L. 312-26 du Code de la consommation. Ces dispositions sont toutes relatives aux obligations du prêteur se rapportant à l'offre préalable de crédit immobilier ou à celle de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente. Le même article dispose qu'est sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts le fait de faire souscrire ou de recevoir une acceptation d'une offre préalable de crédit, de location-vente, ou de location avec promesse de vente, sans qu'elle ne comporte de date, ou qui comporte une date fausse de nature à faire croire qu'elle a été donnée après l'expiration du délai de réflexion de dix jours, imposé par les articles L. 312-10 et L. 312-27 du Code de la consommation, pendant lequel le consommateur ne peut pas donné son acceptation au contrat.

[695] Civ. 1ère, 19 mars 2009, pourvoi n° 05-13.126, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 7, p. 33, comm. G. RAYMOND ; *JCP N*, 2010, n° 1, p. 29, obs. S. PIEDELIEVRE.

[696] Civ. 1ère, 10 mai 2000, pourvoi n° 97-17.412 ; *Bull. civ. I*, n° 139 ; *CCC*, 2010, n° 10, p. 22, comm. RAYMOND G..

[697] Civ. 1ère, 4 juin 2002, pourvoi n° 99-21.769, Inédit.

par renvoi de l'article L. 311-48 du Code de la consommation à la violation de certaines dispositions du même code. Les choix opérés se justifient parfois difficilement.

422. La modification des obligations du prêteur par les dispositions de la réforme du 1er juillet 2010 a eu un effet sur le champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts. Les nouvelles dispositions des articles L. 311-1 et suivants du Code de la consommation distinguent désormais plus clairement la période précontractuelle, la formation du contrat de crédit et l'exécution du contrat de crédit. Au cours de la période contractuelle, les obligations du prêteur ont été renforcées. L'article L. 311-6 du Code de la consommation fait peser sur lui une obligation précontractuelle d'information dont l'exécution se réalise par la remise d'une fiche d'informations dont le contenu et la présentation sont règlementés[698]. L'article L. 311-7, alinéa 2, précise qu'il ne peut y faire figurer aucune information complémentaire. Si la violation de l'article L. 311-6 est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts, celle de l'article L. 311-7, alinéa 2 ne l'est pas[699]. En outre, une obligation de de mise ne garde à la charge du prêteur, dont l'existence était déjà consacrée par la jurisprudence, a été insérée à l'article L. 311-8 du Code de la consommation. Ainsi, seule une personne spécialement formée peut conseiller l'éventuel emprunteur, elle doit lui apporter une information individualisée. La violation de cette obligation est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts. Une disposition intéressante, figurant à l'article L. 311-8-1 du Code de la consommation, complète cette obligation de conseil afin de limiter le recours aux crédits renouvelables. Lorsque le crédit envisagé est destiné à financer un bien supérieur à mille euros, le prêteur est obligé de laisser la possibilité à l'emprunteur de contracter un crédit amortissable plutôt qu'un crédit renouvelable. Curieusement, la violation de cette obligation n'est pas sanctionnée par cette sanction. Enfin, les articles L. 311-9 et L. 311-10 du Code de la consommation imposent au prêteur de vérifier la solvabilité de l'éventuel emprunteur avant la conclusion du contrat, en établissant une fiche à partir des renseignements fournis par lui. La violation de cette obligation est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts. Les

[698] Art. R. 311-3 C. consom.

[699] La sanction de l'insertion d'informations autres que celles imposées par les dispositions règlementaires est incertaine. Elle ne peut pas être sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts sur le fondement de la violation de l'article L. 311-7, alinéa 2, du Code. Elle le pourrait certainement sur le fondement de la violation de l'article L. 311-6 du même code parce qu'elle constitue une contrariété à la présentation de la fiche.

manquements aux dispositions relatives à la présentation du contrat de consommation sont également sanctionnés par la déchéance du droit aux intérêts. Sont ainsi sanctionnés le fait de ne pas remettre à l'emprunteur un contrat écrit ou sur support durable[700], distinct de la fiche d'information précontractuelle et de la fiche relative à la solvabilité de l'emprunteur[701], le fait de ne pas y inclure un formulaire détachable de rétractation[702], le fait de ne pas insérer en début de contrat un encadré qui informe le consommateur des caractéristiques essentielles du contrat de crédit conclu[703] et le fait de ne pas fournir une notice d'assurance lorsqu'une assurance est également souscrite[704]. En revanche, mis à part le fait de ne pas informer le consommateur en cas de modification du taux débiteur[705], la violation des dispositions relatives à la détermination des obligations essentielles des parties ou de celles relatives à l'exécution du contrat de crédit, comme l'interdiction des paiements pendant les sept premiers jours du délai de rétractation ou les obligations du prêteur en cas de défaillance de l'emprunteur, n'est pas sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts.

423. Outre les dispositions applicables à tous les contrats de crédit à la consommation, certaines dispositions renforcent ou complètent la protection des consommateurs pour tenir compte de la spécificité de certains crédits : le crédit renouvelable, le crédit gratuit, les opérations de découvert en compte et les crédits affectés. La détermination des hypothèses dans lesquelles la déchéance du droit aux intérêts est encourue soulèvent des interrogations en matière de crédit renouvelable. L'essentiel des mesures de protection accordées aux consommateurs figure à l'article L. 311-16 du Code de la consommation[706], que ces mesures concernent la dénomination du contrat, l'exigence de conclure un nouveau contrat pour toute augmentation de la réserve de crédit disponible, la ventilation des échéances entre le remboursement du capital et le paiement des intérêts, le renouvellement du contrat, les droits du consommateur en cas de modification des conditions du contrat, la faculté pour le prêteur de réduire ou de suspendre la réserve

[700] Art. L. 311-11, al. 1, C. consom.
[701] Art. L. 311-18, al. 1, C. consom.
[702] Art. L. 311-12, al. 2, C. consom.
[703] Art. L. 311-18, al. 1, C. consom.
[704] Art. L. 311-19 C. consom.
[705] Art. L. 311-21 C. consom.
[706] Ces dispositions sont complétées par celles des articles L. 311-17 et 311-17-1 du Code de la consommation relatives à l'utilisation de la carte de crédit et à la publicité pour ces crédits.

disponible, ou encore la capitalisation des intérêts. L'article L. 311-48 du Code de la consommation, qui définit le champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts, renvoie à la violation de l'article L. 311-16 du même code. Aux termes de cet article, tous les manquements à ces obligations ne sont pas sanctionnés par la déchéance du droit aux intérêts. Est seul sanctionné le fait de ne pas « remettre à l'emprunteur un contrat satisfaisant aux conditions fixées par les articles […] L. 311-16 ». Il faut donc faire le partage, parmi les violations des dispositions de l'article L. 311-16 du Code de la consommation, entre celles qui consistent à remettre un contrat de crédit formellement irrégulier et celles qui se caractérisent par la violation des obligations créées indirectement par ces exigences formelles. Les premières seraient sanctionnées par la déchéance du droit aux intérêts, les autres non.

424. La distinction n'est pas toujours aisée à effectuer parce que certaines dispositions ont un double objet. D'une part, elle impose une exigence formelle, faire figurer dans le contrat l'existence d'une obligation à la charge du professionnel. D'autre part, cette exigence formelle crée l'obligation du professionnel et lui sert de fondement parce qu'elle n'est prévue par aucune autre disposition. Par exemple, l'alinéa 3 de l'article L. 311-16 du Code de la consommation dispose notamment que le contrat de crédit renouvelable « précise que la durée du contrat est limité à un an renouvelable et que le prêteur devra indiquer, trois mois avant l'échéance, les conditions de reconduction du contrat ». La violation de cette prescription peut se réaliser de deux manières, soit le prêteur, au moment de la conclusion du contrat, ne fait pas figurer la mention imposée dans le contrat de crédit renouvelable, soit le prêteur la fait figurer, mais il ne respecte pas l'obligation d'information en cours d'exécution du contrat. Le problème est de savoir si ces deux types de violation sont sanctionnés par la déchéance du droit aux intérêts. Le même problème existait déjà sous l'empire des dispositions antérieures à la réforme du 1er juillet 2010. L'article L. 311-9 du Code de la consommation précisait les conditions de modification, de renouvellement et de résiliation du contrat de crédit. Il imposait, en outre, au prêteur d'informer annuellement l'emprunteur des conditions de reconduction. Aux termes des dispositions de l'article L. 311-33 du Code de la consommation, la sanction s'appliquait en cas d'absence ou d'irrégularité de l'offre préalable de crédit, et non lorsque l'obligation violée se rapportait à l'exécution du contrat de crédit. Comprises strictement, ces dispositions s'opposaient à ce que l'absence d'information annuelle de l'emprunteur sur les conditions de renouvellement du contrat soit sanctionnée par la

déchéance du droit aux intérêts[707]. La Cour de cassation a eu une compréhension extensive du champ d'application de la déchéance du droit aux intérêts. Dans un avis du 4 octobre 1996[708], elle a précisé que la méconnaissance de l'obligation d'informer le consommateur, trois mois avant le renouvellement du contrat, des conditions de ce renouvellement est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts sur les sommes prêtées en exécution du contrat reconduit. Depuis lors, elle a retenu cette solution régulièrement[709].

425. Cette solution est conforme à l'objectif de protection des consommateurs. La véritable protection contre les renouvellements non consentis s'exerce par l'exercice au moment de l'obligation annuelle d'information de l'emprunteur sur les conditions de renouvellement. Elle permet au consommateur de connaître les conditions pour empêcher le prolongement du contrat et mettre fin au contrat de crédit. Au moment de la formation du contrat, les modalités de renouvellement sont accessoires et l'information sur l'obligation du professionnel au moment du renouvellement du contrat est peu pertinente pour le consommateur. Pourtant, il n'est pas certain que cette solution se maintienne avec les nouvelles dispositions. Sous l'empire de la loi ancienne, la difficulté pouvait s'expliquer parce que les dispositions relatives à l'information annuelle sur les conditions de renouvellement ont été adoptées postérieurement à l'article définissant le champ d'application de la sanction. Mais il n'en est rien pour les dispositions actuelles. Celles de l'article L. 311-48 du Code de la consommation disposent clairement que le comportement sanctionné est celui commis au moment de la conclusion du contrat, sans remettre un contrat conforme aux exigences de l'article L. 311-16 du Code de la consommation, et non celui commis en cours d'exécution du contrat. Le comportement sanctionné est bien celui qui est commis au moment de la conclusion du contrat. En outre, les manquements aux obligations des professionnels en cours d'exécution du contrat sont rarement sanctionnés par la déchéance du droit aux intérêts. Quand ils le sont, le juge à la

[707] Cette interprétation a été retenue à propos de l'article L. 311-9, alinéa 1er, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, par la Cour d'appel d'Agen (CA Agen, 1ère ch., 3 mai 2004) : « la déchéance du droit aux intérêts ne sanctionne que l'absence ou la non-conformité de l'offre préalable, et ne peut être étendue aux modalités d'exécution du contrat, dont relève l'obligation annuelle ».
[708] Cass, avis, 4 octobre 1996, pourvoi n° 09-60.005 ; *Bull. civ. avis*, n° 7.
[709] Civ. 1ère, 3 avril 2007, pourvoi n° 06-10.468, Inédit ;*CCC*, 2008, n° 11, p. 43, comm. G. RAYMOND – Civ. 1ère, 22 mai 2008, pourvoi n° 06-13.562, Inédit – Civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-21.745 ; *Bull. civ. I*, n° 256 – Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 04-19.085, Inédit.

faculté de moduler l'étendue de la déchéance. Or, la violation des manquements à l'article L. 311-16 du Code de la consommation sont sanctionnés par la déchéance totale du droit aux intérêts. Cela renforce l'idée selon laquelle les comportements sanctionnés se limitent à ceux commis au moment de la formation du contrat de crédit. Il semble alors que, pour une même disposition, il faille distinguer en fonction de la nature de la violation, pour savoir si la déchéance du droit aux intérêts peut être prononcée.

426. En définitive, s'il est certain que la seule condition au prononcé de la déchéance du droit aux intérêts est la violation d'une des dispositions consuméristes auxquelles renvoie l'article L. 311-48 du Code de la consommation, les contours du champ d'application de cette sanction sont incertains. La déchéance du droit aux intérêts sanctionne principalement des manquements au cours de la période précontractuelle ou des irrégularités formelles du contrat de crédit. Les tribunaux et les cours devront décider, notamment en matière de crédit renouvelable, si la déchéance du droit aux intérêts peut s'étendre à la sanction de comportements commis en cours d'exécution du contrat.

2. Le régime de la de la déchéance du droit aux intérêts

427. La déchéance du droit aux intérêts entraîne pour le prêteur la perte du droit de percevoir les intérêts conventionnellement convenus par les parties. *L'étendue des intérêts déchus (a)* varie en fonction du type de crédit conclu et de la règle violée, tandis que *le régime des intérêts déchus (b)* est identique.

a. L'étendue des intérêts déchus

428. Dans l'application de la sanction, les pouvoirs des magistrats varient en fonction du comportement sanctionné. Parfois, ils n'ont de pouvoir d'appréciation ni sur l'opportunité de prononcer la sanction, ni sur la fixation de l'étendue de la sanction : la déchéance du droit aux intérêts est alors automatique et totale. D'autre fois, s'ils doivent prononcer la déchéance du droit aux intérêts, les magistrats ont le pouvoir de moduler l'étendue de la sanction : la déchéance du droit aux intérêts est automatique mais elle n'est pas nécessairement totale. D'autres fois encore, leur marge de manœuvre est très grande, ils apprécient aussi bien l'opportunité de prononcer la sanction que l'étendue des intérêts déchus. Sous l'empire des dispositions antérieures à la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010, la différence s'opérait entre la sanction en matière de crédit à la consommation et la sanction en matière de crédit immobilier. Pour les crédits à la

consommation, l'article L. 311-33 du Code de la consommation prévoyait que la déchéance du droit aux intérêts était automatique et totale. A l'inverse, pour les crédits immobiliers, les dispositions, inchangées par la réforme, de l'article L. 312-33, alinéa 4, du Code de la consommation confèrent aux magistrats un important pouvoir d'appréciation. Ainsi, la violation d'une des dispositions sanctionnées n'est pas automatiquement suivie par une déchéance totale des intérêts. D'une part, ils apprécient l'opportunité de la déchéance. Les juges peuvent tout à fait décider de ne pas sanctionner la violation constatée par la déchéance du droit aux intérêts. D'autre part, ils apprécient l'étendue de la déchéance, et fixent la proportion dans laquelle la sanction doit s'appliquer. La Cour de cassation a rappelé à plusieurs reprises l'important pouvoir des juges du fond en la matière[710].

429. L'article L. 311-48 du Code de la consommation, issu de la loi n° 2010-737 du 1er août 2010, modifie sensiblement les solutions en matière de crédit à la consommation. Dans certaines hypothèses, la déchéance demeure automatique et totale, principalement dans les hypothèses qui existaient déjà sous l'empire de la loi précédente. Dans ce cas, tous les intérêts dus à l'emprunteur sont déchus. En outre, le juge ne peut pas substituer le taux légal au taux conventionnel[711]. Elles concernent essentiellement les irrégularités formelles qui constituent une violation de l'obligation précontractuelle d'information, une violation de l'obligation d'information qui s'exécute au moment du contrat ou une violation du formalisme informatif du contrat de crédit[712]. La restriction de la déchéance automatique à la sanction de comportements commis avant ou au moment de la conclusion du contrat limite les difficultés pour déterminer sur quels intérêts la déchéance porte. En effet, même lorsque le juge ne dispose d'aucune marge de manœuvre, des difficultés peuvent apparaitre pour déterminer quels sont les intérêts déchus lorsque le comportement sanctionné est commis pendant la période d'exécution du contrat de crédit.

430. Les problèmes concernent principalement les crédits renouvelables parce que le capital prêté n'est pas versé en une seule fois mais est à la disposition de l'emprunteur qui

[710] Civ. 1ère, 18 mars 1997, pourvois nos 96-04.006 et 95-04.213, Inédit ; Civ. 1ère, 29 mai 1997 (13 arrêts), Inédits – Civ. 1ère, 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394 ; *Bull. civ. I*, n° 191 ; *JCP G*, 2001, II, 10454, note A. GOURIO – Civ. 1ère, 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-00.841, Inédit.
[711] Civ. 1ère, 3 mars 1993, pourvoi n° 91-10.873 ; *Bull. civ. I* n° 95 ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 94, obs. G. POISSONNIER.
[712] Art. L. 311-48, al. 1, C. consom.

peut s'en servir à loisir. La première difficulté concerne l'augmentation de la réserve initiale de crédit. Elle doit faire l'objet d'un nouveau contrat de crédit, conclu dans les mêmes conditions que le contrat initial. La violation de cette exigence est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts. Si formellement un nouveau contrat est conclu, en pratique, c'est le précédent contrat qui se prolonge. Le problème réside alors dans le fait de savoir si cette déchéance s'applique à tous les intérêts ou se limite aux intérêts échus en exécution du nouveau contrat de crédit. La Cour de cassation a décidé, sous l'empire de la loi antérieure à la réforme du crédit à la consommation du 1er juillet 2010, que les seuls intérêts déchus sont les intérêts échus en exécution du crédit renégocié, les intérêts échus en exécution du crédit renouvelable initial restent dus au professionnel[713]. La violation de cette exigence trouve parfois une sanction plus sévère lorsque l'absence de conclusion d'un nouveau contrat entraîne la forclusion de l'action en paiement du prêteur[714]. La seconde difficulté concerne la violation de l'obligation d'information annuelle de l'emprunteur sur les conditions de renouvellement du contrat, et plus généralement, si elle est admise[715], sur la violation des diverses obligations imposées par l'article L. 311-16 du Code de la consommation. La jurisprudence antérieure admettait que la violation de cette obligation annuelle d'information est sanctionnée par la déchéance des intérêts exigibles en exécution du contrat reconduit[716]. Il faut donc distinguer entre les intérêts échus avant la violation, qui restent acquis par le prêteur, et les intérêts échus à compter de la violation de la loi, qui sont déchus. La troisième difficulté concerne la violation de l'obligation nouvelle d'informer le consommateur qu'il a la possibilité de payer au comptant à chaque fois qu'il utilise sa carte de crédit.

431. Toutefois, les magistrats disposent généralement d'une certaine marge d'appréciation dans la mise en œuvre de la déchéance du droit aux intérêts lorsqu'elle sanctionne la violation d'obligations substantielles comme l'obligation d'information et de mise en garde[717], ou l'obligation de vérifier la solvabilité de l'emprunteur avant la conclusion du contrat de crédit[718]. Selon les dispositions de l'article L. 311-48, alinéa 2,

[713] Civ. 1ère, 5 mars 2009, pourvoi n° 08-11.680, Inédit.
[714] Sur cette sanction, v. *infra* nos 438 et s.
[715] V. *supra* n° 423.
[716] Civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-21.745 ; *Bull. civ. I*, n° 256.
[717] Art. L. 311-8 C. consom.
[718] Art. L. 311-9 C. consom.

ils doivent prononcer la déchéance du droit aux intérêts, mais ils sont libres de moduler l'étendue de la sanction. Les pouvoirs des juges sont moins étendus qu'en matière de crédit immobilier, où ils disposent en outre de la possibilité de ne pas prononcer la sanction.

b. Le régime des intérêts déchus

432. Les effets de la déchéance du droit aux intérêts sont particulièrement complexes en raison de la ventilation subtile des versements de l'emprunteur entre le remboursement du capital prêté et le paiement des intérêts, et en raison de la variabilité du taux d'intérêt légal[719] qui s'applique aux intérêts indument versés et, le cas échéant, au capital restant dû au prêteur. L'examen des règles qui gouvernent la déchéance est nécessaire pour prendre l'entière mesure de la sévérité que présente cette sanction pour les professionnels du crédit à la consommation.

433. Lorsque la déchéance du droit aux intérêts est prononcée, le prêteur perd toute la rémunération qu'il pouvait attendre du contrat de consommation. Si la déchéance porte sur tous les intérêts convenus, il devra restituer les intérêts déjà versés, et seul le capital devra être restitué, à l'exclusion de tout autre somme[720]. Le crédit consenti devient alors un contrat à titre gratuit. En plus de la perte de sa rémunération, le professionnel assume donc les frais du crédit qui devaient être couverts par la perception des intérêts et, le cas échéant, il supporte la dévaluation de la monnaie. Toutefois, lorsque le prêteur a mis en demeure l'emprunteur de rembourser le capital restant, ce dernier seulement produit des intérêts au taux légal[721]. En pratique, cette situation est très fréquente. En effet, les litiges relatifs à un contrat de crédit à la consommation naissent le plus souvent à la suite d'un incident de paiement de l'emprunteur. Le prêteur met alors en demeure l'emprunteur de payer les sommes dues au titre du prêt, puis le litige est porté devant un tribunal. A cette occasion, le consommateur invoque la déchéance du droit aux intérêts afin de réduire le montant de sa dette. Les consommateurs introduisent rarement une action en déchéance

[719] Le taux d'intérêt légal est défini à l'article L. 313-2 alinéa 2 du Code monétaire et financier. Il est fixé pour un an et dépend des taux de rendement actuariel des adjudications des bons du trésor. En 2009, le taux légal était de 3,79%, en 2010 il est fixé à 0,65% seulement.

[720] Le juge ne peut substituer le taux légal au taux conventionnel : Civ. 1ère, 3 mars 1993, pourvoi n° 91-10.873 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 94, obs. G. POISSONNIER.

[721] Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-17.761 ; *Bull. civ. I*, n° 84 ; *RDC*, 2003, p. 95, obs. M. BRUSCHI – Civ. 1ère, 5 février 2009, pourvois nos 07-11.119 et 07-11.482, Inédit.

du droit aux intérêts. Par exemple, pour un capital prêté de 4 000 euros, l'emprunteur peut, pour une raison ou une autre, cesser les remboursements après deux années de remboursement, lorsqu'il a remboursé 1 600 euros du capital et payé 400 euros d'intérêts. Si, ayant mis l'emprunteur en demeure de payer les sommes restantes, le prêteur est déchu du droit à percevoir les intérêts, il ne pourra pas prétendre que la somme initialement prêtée, soit les 4 000 euros, produit des intérêts au taux légal depuis la remise des fonds à l'emprunteur. En revanche, il percevra des intérêts au taux légal sur les sommes encore dues par l'emprunteur, soit les 2 400 euros, et à compter seulement de la mise en demeure de payer.

434. A l'inverse, les intérêts indument payés par le consommateur produisent des intérêts au taux légal à compter de leur versement jusqu'à leur restitution[722]. La restitution des intérêts versés et des intérêts qu'ils ont produits peuvent s'imputer sur le capital restant dû. A la suite du prononcé de la déchéance du droit aux intérêts, la Cour d'appel de Toulouse avait décidé que les versements à titre d'intérêts s'imputent sur le capital. L'organisme de crédit sanctionné, se fondant sur l'article 1254 du Code civil, avait soutenu que l'imputation des intérêts restitués devait se faire en premier lieu sur les intérêts encore dus par l'emprunteur, et en second lieu seulement sur le capital. Pour lui, la restitution des intérêts perçus indument s'analyse en un paiement qui doit, selon les dispositions de l'article 1254 du Code civil relatives aux modalités d'imputation du paiement d'une dette qui porte intérêt, s'imputer en premier lieu sur les intérêts. Elle ne peut se faire en premier lieu sur le capital qu'avec l'accord du créancier[723]. La première Chambre civile de la Cour de cassation rejette le pourvoi et la décision précise la nature juridique des versements des intérêts intervenus avant la déchéance du droit aux intérêts[724]. Ils ne constituent pas un paiement, et ainsi, l'article 1254 du Code civil ne leur est pas applicable. Dans l'exemple précédent, les 400 euros d'intérêts versés produisent des intérêts au taux légal. Ils s'imputeront, ainsi que les intérêts qu'ils ont produits, sur le capital restant dû, et les emprunteurs devront rembourser moins de 2 000 euros et les

[722] L. 311-48, alinéa 4 du Code de la consommation.
[723] Le mode d'imputation des intérêts déjà verser à une importance considérable, notamment en matière de crédit immobilier pour lequel la déchéance ne peut être prononcée que partiellement. Si les sommes restituées s'imputent en premier sur le capital, le capital étant diminué, il produira à son tour moins d'intérêt et cela réduira encore les sommes perçues par l'emprunteur.
[724] Civ. 1ère, 18 février 2009, pourvoi n° 08-12.584 ; *Bull. civ. I*, n° 34 ;*JCP N*, 2010, n° 1, p. 28, obs. S. PIEDELIEVRE .

intérêts au taux légal qu'ils produisent à compter de la mise en demeure au lieu des 2 400 euros réclamés par l'emprunteur augmentés les intérêts conventionnels.

3. La déchéance du droit aux intérêts : une peine privée

435. L'étude des critères de la peine, centrés sur l'examen des conditions et des effets de la sanction montre que la déchéance du droit aux intérêts présente tous les caractères d'une peine privée. Cette sanction se fonde toujours sur une faute du professionnel, c'est-à-dire sur l'inobservation des prescriptions sanctionnées par la déchéance, mais plus encore ses conditions traduisent le fort caractère pénal de la déchéance. La question du préjudice est totalement écartée au titre des conditions de la sanction. Cela est évident lorsque la déchéance est automatique et totale. Mais, même lorsque le juge a la faculté de moduler son étendue, il est tenu de la prononcer. En outre, les conséquences préjudiciables de la violation ne sont pas un critère légal qui doit nécessairement être pris en considération dans la fixation de l'étendue de la sanction. Dès lors, il n'est pas nécessaire que le consommateur ait subi un préjudice pour prononcer la déchéance du droit aux intérêts, et cette dernière n'est pas toujours en lien avec les conséquences de la faute commise. Ce lien existe lorsque la disposition violée par le professionnel se rapporte aux intérêts conventionnels. Cependant, il s'efface lorsque la déchéance sanctionne une violation d'une exigence purement formelle sans incidence sur le comportement du consommateur. D'ailleurs, la déchéance est généralement invoquée comme moyen de défense face à un professionnel qui a intenté une action en paiement. L'absence de prise en compte de l'existence d'un préjudice ou de son étendue montre bien que le caractère réparateur de la déchéance est secondaire par rapport à la dissuasion et à la répression qu'assurent une telle sanction. En outre, l'analyse des effets de la déchéance confirme l'indépendance de cette sanction avec le préjudice éventuellement subi par le consommateur. La disproportion est patente entre les conséquences parfois minimes de la violation des règles sanctionnées et les conséquences financières importantes pour le professionnel. Les effets de la déchéance sont de nature à dissuader le professionnel de transgresser les règles relatives au crédit et à prendre toutes les précautions pour respecter scrupuleusement la législation. Les risques qu'il encourt sont trop grands par rapport aux gains que lui rapporte la violation de la loi.

436. L'analyse téléologique finit de convaincre. Plusieurs indices montrent que la déchéance du droit aux intérêts exerce des fonctions essentiellement pénales. D'abord, la

nature civile ou pénale de la déchéance du droit aux intérêts, notamment en matière de crédit immobilier, eu égard à la rédaction de l'article L. 312-33 de Code de la consommation, a pu soulever des interrogations[725]. Cette sanction est prévue à l'article L. 312-33, alinéa 4. Cette disposition suit immédiatement celles qui incriminent les comportements pénalement prohibés et leur sanction. En outre, elle s'applique dans les mêmes hypothèses que les sanctions pénales ainsi prévues. Les modalités d'application de son application peuvent laisser supposer qu'elle constitue une peine complémentaire. En matière de crédit immobilier, la déchéance du droit aux intérêts n'est pas automatique et le juge a la faculté d'apprécier si le prêteur doit être déchu ou non des intérêts. A propos d'un problème concernant la compétence du juge civil et le délai d'action dont dispose l'emprunteur pour demander la déchéance, la première Chambre civile de la Cour de cassation s'est clairement prononcée sur la nature civile de la déchéance du droit aux intérêts[726] parce qu'elle profite à une personne privée. L'interrogation sur la nature civile ou pénale de la déchéance du droit aux intérêts montre que cette sanction s'apparente à une peine. Ensuite, la réforme du délai de forclusion est un indice du caractère punitif de la déchéance du droit aux intérêts. A l'origine, les dispositions légales imposaient aux parties à un contrat de crédit à la consommation d'introduire leur action dans les deux ans de l'évènement qui lui avait donné naissance, sous peine de forclusion. Cette disposition avait pour objet de limiter dans le temps les contestations qui pouvaient naître à propos d'un contrat de crédit à la consommation et en particulier, d'éviter que le prêteur, en cas de défaillance de l'emprunteur, ne laisse les intérêts s'accumuler avant d'agir en paiement. Cette disposition a eu des effets très néfastes sur l'action du consommateur en déchéance du droit aux intérêts du prêteur. La plupart du temps, le consommateur n'exerce pas, à titre principal, une action en déchéance du droit aux intérêts. Son action prend la forme d'une demande reconventionnelle, lorsqu'à la suite de sa défaillance dans le remboursement du prêt et dans le paiement des intérêts, le prêteur a intenté une action en paiement. Mais souvent, son action était forclose parce que le délai de forclusion pour contester la régularité de l'offre préalable de crédit commence au jour de l'évènement qui a fait naître l'action, c'est-à-dire au jour de la formation définitive du contrat de crédit, à

[725] S. PIEDELIEVRE, « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des consommateurs dans le domaine immobilier », *JCP N*, 1995, I, 889, n° 25 et s.
[726] Civ. 1ère, 18 mars 1997, pourvoi n° 95-04.159 ; *Bull. civ. I*, n° 97 – Civ. 1ère, 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394 ; *Bull. civ. I*, n° 191.

l'issue du délai de rétractation dont il dispose au moment de la formation du contrat[727]. La forclusion prévue à l'article L. 311-37 du Code de la consommation, dans sa rédaction antérieure à la loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, éteignait l'action en déchéance du droit aux intérêts du consommateur tant par voie d'action[728] que par voie d'exception[729]. Toutefois, pour les crédits renouvelables, le point de départ du délai de forclusion était reporté à la date du renouvellement pour les actions en déchéance fondées sur une irrégularité survenue au cours de ce renouvellement[730]. La forclusion de l'emprunteur à l'issue d'un délai de deux ans se justifie pleinement si la déchéance du droit aux intérêts est appréhendée dans sa fonction réparatrice. En effet, si le consommateur n'a pas exercé l'action en déchéance dans les deux ans qui suivent la conclusion du contrat de crédit, il est fortement probable que les irrégularités qui affectent le contrat de crédit ne lui aient pas causé de préjudice. L'action en déchéance exercée par voie d'exception est alors un moyen de réduire sa dette auprès de l'emprunteur, et il n'est pas choquant de refuser à des consommateurs qui n'ont pas subi de préjudice, et parfois de mauvaise foi, le bénéfice de la déchéance du droit aux intérêts. En revanche, la forclusion de l'emprunteur apparaît problématique si la déchéance du droit aux intérêts exerce des fonctions répressives et dissuasives. Dans cette perspective, l'action du consommateur ne doit pas être enfermée dans un délai aussi bref alors que le contrat de crédit s'exécute généralement pendant plus de deux ans, et que le prêteur dispose encore d'une action en paiement contre le consommateur. La sanction du professionnel qui a sciemment, ou par négligence, méprisé les dispositions protectrices du consommateur emprunteur devrait pouvoir s'appliquer plus longuement. Entre ces deux voies, sanction réparatrice qui ne peut être invoquée que pendant un temps restreint, et sanction répressive et dissuasive qui doit pouvoir être opposé aux professionnels qui exercent leurs actions en paiement contre les emprunteurs défaillants, le législateur a choisi la deuxième solution. La loi du 11 décembre 2001 a modifié l'article L. 311-37 du Code de la consommation. Ainsi, pour les contrats de crédit

[727] L'action en paiement du prêteur n'est, quant à elle, pas forclose à l'issu d'un délai de deux ans à compter de la formation définitive du contrat. En effet, l'évènement qui fait naître l'action du prêteur réside dans le premier incident de paiement non régularisé. La forclusion du prêteur n'intervient donc qu'à l'issue d'un délai de deux ans à compter du premier incident de paiement non régularisé.
[728] Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 03-16.718, Inédit – Civ. 1ère, 22 novembre 2007 (6 arrêts) pourvois nos 03-11.776, 03-11.777, 03-11.778, 03-11.779, 03-11.780 et 03-11.781, Inédits.
[729] Civ. 1ère, 15 novembre 2005 pourvoi n° 04-16.761, Inédit.
[730] Civ. 1ère, 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-17.197, Inédit – Civ. 1ère, 5 juillet 2005, pourvoi n° 03-20.137, Inédit – Civ. 1ère, 3 avril 2007, pourvoi n° 06-10.468, Inédit.

conclus à compter de cette date, seule l'action en paiement du prêteur est enfermée dans un délai de deux ans. Cette disposition est maintenue par la réforme du crédit à la consommation du 1er juillet 2010 et figure à l'article L. 311-52 du Code de la consommation. La prescription de l'action de l'emprunteur en déchéance du droit aux intérêts relève désormais du droit commun. Les contrats de crédit à la consommation étant des actes mixtes, le consommateur bénéficie d'un délai de dix ans pour agir. Il ressort de cette modification législative que le but poursuivi par la déchéance du droit aux intérêts correspond bien aux finalités de la peine, à savoir la répression et la dissuasion des comportements illicites.

437. La déchéance du droit aux intérêts est donc une véritable peine privée[731] tant au niveau de ses conditions d'application qui sont exclusivement centrées autour du comportement du professionnel qu'au niveau de ses effets très sévères, qui dépassent largement l'éventuel préjudice qu'aurait pu subir le consommateur. En matière de crédit, cette sanction n'est pas la seule à présenter le caractère d'une véritable peine privée. L'insertion d'une clause de « double montant » est parfois sanctionnée encore plus sévèrement.

B. La sanction de la clause dite de « double montant »[732]

438. Le crédit renouvelable est un contrat par lequel le prêteur met à disposition de l'emprunteur une réserve de crédit permanente qu'il peut utiliser quand il le désire et qui se reconstitue au fur et à mesure des remboursements. Autorisant le recours facile et permanent au crédit pour financer les achats de la vie courante, cette forme de crédit est particulièrement dangereuse pour les consommateurs, notamment lorsqu'une seule et même personne accumule les crédits renouvelables. Depuis la loi n° 72-22 du 10 janvier 1978 qui a instauré les dispositions protectrices des consommateurs de crédit à la

[731] X. LAGARDE, « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.*, 2005, p. 2222 ; N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris : LGDJ, 2000, n° 351, S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris : LGDJ, 1995, n° 158. Plus généralement sur la nature de peine privée des « déchéances protectrices établies au profit des particuliers » : M. CREMIEUX, « Réflexion sur la peine privée moderne », *Etudes P. Kayser*, t. II, 1979, p. 263, n° 49 et s.

[732] Selon l'expression employée par V. MAZEAUD, « Le juge et la clause de double montant du crédit renouvelable », *CCC*, 2007, n° 7.

consommation, le législateur est intervenu à plusieurs reprises pour renforcer l'encadrement de cette forme de crédit et la protection des consommateurs[733].

439. A l'origine, les professionnels devaient soumettre une offre préalable de crédit conforme aux dispositions consuméristes uniquement pour le contrat initial de crédit. Dès lors, toutes les informations nécessaires à la bonne compréhension du contrat étaient données au consommateur lors de l'octroi de la réserve initiale de crédit d'un montant limité. Puis, la réserve de crédit consentie pouvait être augmentée dans la limite du plafond légal sans avoir recours à une nouvelle offre de crédit. La loi du 28 janvier 2005, en modifiant l'article L. 311-9 du Code de la consommation, a imposé aux professionnels du crédit de soumettre une nouvelle offre préalable au consommateur pour toute augmentation de la réserve de crédit disponible. Les dispositions ont été reprises et complétées par la loi du 1er juillet 2010 et transférées à l'article L. 311-16 de ce même code, un nouveau contrat de crédit doit être conclu pour chaque augmentation de la réserve de crédit disponible. Ainsi, à chaque fois que la réserve de crédit mise à la disposition de l'emprunteur sera augmentée, il bénéficiera de toutes les protections induites par la conclusion d'un contrat de crédit, et notamment de la faculté de rétractation de quatorze jours.

440. Afin de contourner cette exigence, les professionnels insèrent parfois des clauses dans les contrats de crédit renouvelables qui ont pour effet de les dispenser de conclure un nouveau contrat de crédit lorsque la réserve initiale de crédit est augmentée. Les stipulations contractuelles distinguent le découvert initial autorisé, encore appelé découvert utile, c'est-à-dire la réserve initiale de crédit dont le consommateur peut librement disposer, et le découvert maximum autorisé, qui se confond souvent avec le plafond légal imposé pour ce type de crédit. Elles stipulent en outre un allègement des modalités prévues par la loi pour augmenter la réserve de crédit dont dispose le consommateur tant que l'augmentation ne dépasse pas la limite du découvert maximum

[733] Loi n° 89-1010 du 31 décembre 1989, loi n° 2001-1168 du 11 décembre 2001, loi n° 2003-706 du 1er août 2003, loi n° 2005-67 du 28 janvier 2005 et loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010.

autorisé[734]. Ces clauses sont contraires à la protection instaurée par les dispositions consuméristes et leur insertion doit être sanctionnée. *Le cumul possible des sanctions applicables (1)* leur confère un caractère dissuasif marqué. Cependant, les solutions jurisprudentielles sanctionnent encore plus fortement l'insertion de telle clause en relevant d'office la *forclusion de l'action en paiement du prêteur, ce qui est un effet de la suppression de cette clause abusive (2).*

1. Le cumul possible des sanctions applicables

441. La validité de ce type de clauses est douteuse tant au regard de la législation relative au crédit que de celle relative aux clauses abusives. Certaines juridictions du fond ont rejeté le caractère abusif de ces clauses. Selon elles, le montant du crédit initialement autorisé serait le montant maximum stipulé dans la clause de double montant. Tant que la réserve de crédit accordée reste inférieure au maximum autorisée, son augmentation ne constituerait pas une augmentation du montant du crédit. Ces décisions sont toutefois minoritaires. Par deux avis du 27 mai 2004[735], demandés par le Tribunal d'instance de Bourganeuf, la Commission des clauses abusives a décidé que les clauses de variation du montant du crédit accordé dans la limite d'un montant maximum initialement convenu sont abusives. Dans ces deux hypothèses, plusieurs crédits renouvelables avaient été consentis à des consommateurs. Ils contenaient tous des stipulations fixant un découvert utile et un découvert maximum autorisé. Les conditions stipulées par le contrat de crédit variaient d'un contrat à l'autre pour augmenter le découvert utile dans la limite du découvert maximum autorisé mais le prêteur était toujours dispensé de se conformer aux exigences légales et de formuler une nouvelle offre préalable de crédit. En application de certains contrats, la demande d'augmentation de crédit par l'emprunteur, ainsi que l'acceptation par le prêteur pouvaient s'effectuer tacitement. D'autres contrats étaient plus formalistes, et exigeaient une acceptation expresse du prêteur après examen de la solvabilité de l'emprunteur. La Commission des clauses abusives constate que les clauses du contrat « ne stipulent pas l'obligation de délivrance d'une nouvelle offre préalable et

[734] Par exemple : « le montant du découvert maximum autorisé à l'ouverture du compte est fixé à 40 000 francs. Ce montant est révisable par la société X qui se réserve le droit de le modifier à la hausse ou à la baisse. Ce montant peut être augmenté sur simple demande de votre part après acceptation par la société X (.) le montant du financement ne devra en aucun cas conduire à un dépassement du montant du découvert autorisé ou tel qu'il aura été révisé après que vous en ayez été avisé par X(.)»

[735] CCA, avis n^{os} 04-02 et 04-03 du 27 mai 2004 relatifs à des contrats de compte permanent.

par conséquent la nécessité d'une acceptation formelle de celle-ci et la faculté, pour les emprunteurs, de rétracter leur consentement ». Cette clause peut induire le consommateur en erreur sur les droits dont il dispose au moment d'une augmentation de la réserve de crédit disponible, et notamment sur la faculté d'ordre public de rétracter son consentement. En ce sens, elle est abusive parce qu'elle crée un déséquilibre significatif au détriment du consommateur entre les droits et les obligations des parties. Cette analyse a été confirmée par la Cour de cassation dans un avis du 10 juillet 2006. Elle est d'avis que « l'article L. 132-1 du code de la consommation répute non écrite comme abusive la clause, telle qu'interprétée par le juge, prévoyant l'augmentation du montant du crédit initial sans acceptation par l'emprunteur d'une nouvelle offre de crédit »[736].

442. Majoritairement, les juridictions du fond se rangent aux avis de la commission des clauses abusives et à celui de la Cour de cassation et décident que la clause de double montant est abusive. Le caractère abusif de ce type de clause s'impose d'autant plus avec les nouvelles dispositions introduites par la loi n° 2010-737 du 1er juillet 2010. Elles imposent comme précédemment qu'un nouveau contrat soit conclu aux mêmes conditions que le contrat initial pour toute augmentation de la réserve de crédit disponible. En outre, les obligations du prêteur ont été renforcées au cours de la période précontractuelle. Il doit conseiller l'emprunteur de manière individualisée et vérifier sa solvabilité. Ces obligations ne peuvent s'exécuter de manière satisfaisante qu'en vue d'un montant de crédit déterminé, montant qui sera le découvert initial. Dès lors, une clause qui introduit un montant maximal et qui autorise l'augmentation du montant du crédit initial dans cette limite sans conclure un nouveau contrat de crédit contourne ces exigences, sauf à vérifier la solvabilité de l'emprunteur au regard du maximum autorisé et non du montant initial.

443. Parce qu'elles ont pour but de contourner la législation protectrice des consommateurs de crédit, les clauses de double-montant sont également illégales au regard de cette législation. La question est de savoir si cette illégalité est sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts sur le fondement de l'article L. 311-48 du Code de la consommation. Deux périodes doivent être distinguées : la période qui court de la conclusion du contrat jusqu'à l'augmentation illégale du montant du crédit et la période qui court à compter de l'augmentation illégale du montant du crédit. La solution ne

[736] Cass, avis, 10 juillet 2006, pourvoi n° 06-00.0006 ; *Bull. civ. avis*, n° 6.

soulève pas de difficultés concernant la seconde période. Le fait de ne pas conclure un nouveau contrat de crédit est sanctionné par la déchéance du droit aux intérêts. Cette déchéance ne porte cependant que sur les intérêts échus à compter de l'augmentation du montant du crédit[737].

444. Concernant les intérêts échus avant l'augmentation du montant du crédit, la déchéance doit être prononcée si l'insertion de la clause de double-montant constitue une irrégularité formelle qui affecte la conformité du premier contrat de crédit aux conditions établies par la loi et le règlement. Les dispositions consuméristes n'interdisent pas expressément aux professionnels d'insérer dans leur contrat des clauses autres que celles imposées par la loi ou le règlement, mais ces clauses ne doivent pas aggraver la situation de l'emprunteur avec la protection instaurée. Certaines, comme la clause de double-montant, sont abusives. Cependant, la seule constatation du caractère abusif d'une clause ne suffit pas à fonder la déchéance du droit aux intérêts. Ainsi, la première Chambre civile de la Cour de cassation a cassé un jugement du Tribunal d'instance de Rochechouart parce qu'afin de contourner la forclusion de l'action en déchéance du droit aux intérêts de l'emprunteur, il avait prononcé cette sanction en se fondant sur le caractère abusif d'une clause du contrat[738]. Pour prononcer la déchéance, il faut constater en outre que l'insertion de la clause abusive constitue une violation des dispositions consuméristes sanctionnée comme telle par l'article L. 311-48 du Code de la consommation, autrement dit qu'elle affecte le contrat d'une irrégularité formelle. Or, l'insertion de clauses qui touchent au domaine de protection instaurée par les dispositions législatives et règlementaires constitue, lorsque ces clauses contredisent les dispositions consuméristes, une irrégularité formelle qui doit être sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts[739]. La clause de double montant, parce qu'elle contrevient à l'exigence de conclure un nouveau contrat de crédit pour chaque augmentation de son montant prévue par l'article L. 311-16 du Code de la consommation, affecte le contrat d'une irrégularité formelle qui doit être sanctionnée par la déchéance du droit aux intérêts échus

[737] V. *supra* n° 429.
[738] Civ. 1ère, 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.411 ; *Bull. civ. I*, n° 287 ; *CCC*, 2005, n° 2, p. 23, note G. RAYMOND ; *D.*, 2005, p. 443, note J.-Ph. TRICOIT ; *Gaz. Pal.*, 2005, p. 33, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD com.*, 2005, p. 157, note D. LEGEAIS
[739] J.-Ph. TRICOIT, *op. cit.*,

à compter de la conclusion du contrat initial. Ainsi, tous les intérêts perçus par le prêteur doivent être déchus que le montant du crédit ait été augmenté ou non.

445. Ainsi, la sanction de l'insertion de la clause dispensant les parties de conclure un nouveau contrat de crédit pour toute augmentation de son montant est double. D'abord, parce qu'elle permet d'éviter l'application de la législation consumériste, la clause insérée est abusive et elle doit être réputée non écrite. Le professionnel ne peut pas s'en prévaloir pour valider l'augmentation du montant du crédit qui a eu lieu sans conclure un nouveau contrat. Ensuite, parce qu'elle contrevient à l'exigence de remettre un contrat qui respecte les conditions de l'article L. 311-16 du Code de la consommation, l'insertion d'une telle clause doit être sanctionnée par la déchéance de tous les intérêts conventionnels, ce qui prive le professionnel de tous les bénéfices qu'il pouvait attendre du contrat. Le cumul de ces deux sanctions est intéressant d'un point de vue dissuasif parce que la seule constatation du caractère abusif d'une clause n'est généralement pas très contraignante pour le professionnel. A l'inverse, la déchéance du droit aux intérêts présente un caractère dissuasif important parce que son prononcé permet de faire planer la menace de perdre toute rémunération du contrat de crédit. Cependant, face à l'insertion de clauses autorisant l'augmentation de la réserve de crédit initialement convenue dans la limite d'un montant maximum défini par les stipulations contractuelles, les magistrats ne prononcent pas nécessairement l'application cumulative de la sanction des clauses abusives et de la déchéance du droit aux intérêts. Ils préfèrent tirer toutes les conséquences de la suppression de la clause en constatant, parfois d'office, la forclusion de l'emprunteur.

2. La forclusion de l'emprunteur, effet de la suppression de la clause abusive

446. L'article L. 311-52 du Code de la consommation dispose que l'action en paiement engagée par l'emprunteur doit être formée « dans les deux ans qui lui a donné naissance à peine de forclusion ». Ce délai est prescrit par la loi pour éviter que le prêteur néglige d'agir contre l'emprunteur défaillant et laisse ainsi s'accumuler les intérêts conventionnels, ce qui aggraverait encore la situation de l'emprunteur. Le point de départ du délai de forclusion du prêteur pour les crédits renouvelables a soulevé des difficultés. Pendant un temps, la Cour de cassation a retenu une solution très favorable aux prêteurs, estimant que le délai de forclusion commençait à courir « à compter de la date à laquelle

prend fin l'ouverture de crédit »[740]. Cette solution, particulièrement préjudiciable pour l'emprunteur, était contraire à l'objectif poursuivi par le législateur. Elle laissait en effet au prêteur la maîtrise du point de départ du délai de forclusion de son action en paiement. Ce dernier pouvait alors attendre que la dette de l'emprunteur augmente fortement avant d'exercer son action en paiement. La Cour de cassation est revenue sur sa position par un arrêt d'Assemblée plénière du 6 juin 2003[741]. Elle a décidé que le délai de forclusion commence à courir à compter du premier incident de paiement non régularisé, ce qui correspond, pour les crédits renouvelables, au dépassement du montant de la réserve initiale de crédit. La loi du 1er août 2010, modifiant les dispositions relatives au crédit, semble confirmer cette solution à l'article L. 311-52 du Code de la consommation.

447. Lorsque la clause du contrat permettant d'éviter la conclusion d'un nouveau contrat pour augmenter la réserve de crédit disponible est réputée non écrite, cela a une incidence forte sur la date du premier incident de paiement. Les augmentations de crédit sont irrégulières au regard de l'article L. 311-16 du Code de la consommation. Le montant total du crédit est donc toujours celui qui a été convenu par les parties dans le contrat initial. Le premier incident de paiement s'en trouve alors fortement avancé par rapport aux prévisions de l'emprunteur. Il n'intervient pas au moment où le montant de la dette de l'emprunteur dépasse le montant du crédit fixé par la dernière augmentation de la réserve disponible réalisée conformément aux stipulations contractuelles : il se réalise dès que le montant de la dette dépasse le montant du crédit initialement convenu. Souvent, cet évènement est antérieur de plus de deux ans à l'introduction de l'action en paiement par le prêteur. Son action est alors forclose et il ne peut plus prétendre à aucune somme, ni le remboursement du capital prêté, ni le paiement des intérêts échus. L'application complémentaire de la déchéance du droit aux intérêts devient alors superflue[742].

[740] Civ. 1ère, 9 mars 1999, pourvoi n° 96-12.053 ; *Bull. civ. I*, n°.85 – Civ. 1ère, 4 février 2003, pourvoi n° 00-14.251 ; *Bull. civ. I*, n° 41.
[741] Ass. plén., 6 juin 2003, pourvoi n° 01-12.453 ; *Bull. Ass. plén.*, n° 6. La solution est constamment rappelée. V. notamment parmi une jurisprudence abondante : Civ. 1ère, 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-12.143, Inédit – Civ. 1ère, 18 janvier 2005, pourvoi n° 02-18.893, Inédit – Civ. 1ère, 30 mars 2005, pourvoi n° 02-13.765 ; *Bull. civ. I*, n° 159 – Civ. 1ère, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-10.320, Inédit – Civ. 1ère, 24 janvier 2006, pourvoi n° 04-13.458, Inédit – Civ. 1ère, 13 juin 2006, pourvoi n° 04-13.784, Inédit – Civ. 1ère, 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.340, Inédit.
[742] Elle conserve toutefois un intérêt lorsque l'action du prêteur n'est pas forclose.

448. Généralement, la sanction des clauses abusives produit essentiellement des effets réparateurs en rééquilibrant le contrat par la suppression de la clause litigieuse. Son effet dissuasif est fortement limité par le peu de risque qu'encourt le professionnel à insérer de telles clauses dans les contrats. Mais, en tirant toutes les conséquences de la suppression de la clause dispensant les parties de conclure un nouveau contrat de crédit pour augmenter la réserve de crédit dans la limite du découvert maximum autorisé initialement convenu avec la forclusion du prêteur dans son action en paiement, la sanction devient redoutable. Le prêteur est privé non seulement de la rémunération qu'il pouvait espérer du contrat de crédit, mais il subit des pertes importantes parce que son action en remboursement du capital prêté est éteinte. Cette solution est adoptée par les magistrats dans un but répressif pour sanctionner les comportements frauduleux des professionnels. La forclusion de l'action en paiement n'est pas, en toute rigueur, une sanction, mais dans cette hypothèse précise, elle répond à tous les critères de la peine privée. La mesure résultant de la combinaison de la clause abusive et du relevé d'office de la forclusion sanctionne une faute du professionnel. Dans ces hypothèses, le comportement sanctionné est même plus grave que certaines des fautes qui sont sanctionnées au titre de la déchéance du droit aux intérêts. En effet, l'insertion de ce type de clause est directement destinée à contourner une exigence légale permettant de protéger le consentement du consommateur à l'occasion de l'augmentation du montant initiale du crédit. En outre, la sanction est sans commune mesure avec le préjudice subi par le consommateur. Elle produit des effets dissuasifs très importants parce que les prêteurs ne prendront plus le risque d'insérer de telles clauses s'ils savent que cela peut avoir pour effet indirect d'éteindre leur action en paiement.

C. La sanction mesurée de l'usure

449. L'encadrement du taux d'intérêt conventionnel est une préoccupation constante des sociétés pour éviter les abus que provoquent les taux d'intérêt élevés[743]. Actuellement, les taux ne doivent pas dépasser un certain montant sous peine d'être usuraires. L'article L. 313-3 du Code de la consommation définit le taux usuraire comme celui qui « excède, au moment où il est consenti, de plus du tiers, le taux effectif moyen

[743] S. PIEDELIEVRE, *Droit de la consommation*, Paris : Economica, 2008, n^{os} 280 et 281.

pratiqué au cours du trimestre précédent par les établissements de crédit pour des opérations de même nature comportant des risques analogues ». Le taux usuraire est donc très variable. Il dépend du type de crédit considéré et des taux d'intérêt généralement pratiqués par les professionnels.

450. La sanction de l'usure diffère profondément de la déchéance du droit aux intérêts prévue par les articles L. 311-48 et L. 312-33 du Code de la consommation. Le prêteur qui consent un crédit à un taux usuraire devra restituer les perceptions excessives. Le taux conventionnel sera réduit à un taux non-usuraire, et les intérêts versés seront restitués à l'emprunteur. La sanction est bien moins lourde pour le professionnel. D'une part, alors que la déchéance le prive de toute rémunération[744], la sanction de l'usure ne le prive que d'une partie seulement des intérêts conventionnels. A la suite de la réduction du taux usuraire, le contrat de crédit reste pour lui très avantageux puisque le taux d'intérêt pratiqué sera celui qui atteint la limite du taux le plus élevé que les parties ont le droit de convenir. Toutefois, la pratique d'un taux usuraire peut avoir de graves conséquences pour le professionnel lorsqu'à l'occasion d'un litige, il refuse de communiquer au tribunal un décompte imputant les perceptions excessives d'intérêts conformément à l'article L. 313-4 du Code de la consommation. Dans ce cas, les magistrats peuvent rejeter sa demande en paiement, faute pour lui de justifier du montant de sa créance déterminée conformément à la loi[745]. D'autre part, l'imputation des sommes restituées est également plus avantageuse pour le prêteur que celle qui fait suite à la déchéance du droit aux intérêts. L'article L. 313-4 du Code de la consommation dispose que les sommes trop perçues s'imputent en premier lieu sur les intérêts, et en second lieu seulement sur le capital.

451. La sanction de l'usure a des effets essentiellement réparateurs puisque son application revient à réduire le taux d'intérêt à un taux non usuraire. La faiblesse de cette sanction par rapport à la déchéance du droit aux intérêts s'explique par l'origine différente de ces deux sanctions. La réduction du taux usuraire trouve ses origines dans la méfiance vis-à-vis de la stipulation conventionnelle d'intérêt. L'usure a été prohibée bien

[744] Au moins pour le crédit à la consommation. Pour le crédit immobilier les magistrats ont la faculté de prononcer une déchéance seulement partielle des intérêts.
[745] Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-14.954, Inédit.

avant que les préoccupations consuméristes n'apparaissent. D'ailleurs, avant la loi n° 2003-706 du 1er août 2003, le champ d'application des dispositions relatives à l'usure dépassait largement celui des contrats de crédit souscrit par les consommateurs. Cette sanction faible des professionnels apparaît comme une anomalie dans le mécanisme de protection des consommateurs de crédit. La déchéance du droit aux intérêts pourrait tout à fait être étendue à la sanction des taux usuraires lorsqu'ils ont été convenus dans un contrat de consommation.

§2. La sanction civile des loteries publicitaires

452. La méfiance envers les loteries est très ancienne. Depuis la loi du 21 mai 1836 portant prohibition des loteries, l'organisation d'une loterie est incriminée lorsque la participation y est payante. Avec l'apparition des entreprises de vente par correspondance, une nouvelle forme de loterie, appelée loterie commerciale ou loterie publicitaire, s'est développée. Les loteries publicitaires sont des pratiques commerciales, par lesquelles des professionnels envoient des documents publicitaires accompagnés d'un bon de commande pour leurs produits et d'un bulletin de participation à une loterie. Ce type de loterie est spécialement encadré depuis l'adoption de la loi n° 89-421 du 23 juin 1989, désormais intégrée aux articles L. 121-36 à L. 121-41 du Code de la consommation. Des sanctions pénales sont prévues en cas de violation de ces dispositions par l'article L. 121-41 de ce même code. Cependant, aucune sanction civile spécifique n'est prévue. Les tribunaux se sont alors tournés vers les sanctions de droit commun. Les évolutions qu'a connues *le fondement de la sanction civile des loteries publicitaires (A)* et *ses conditions actuelles (B)*, montrent que *la sanction civile des loteries publicitaires présente le caractère d'une véritable peine privée (C)*.

A. Le fondement de la sanction civile des loteries publicitaires

453. Le fondement de la sanction civile des loteries publicitaires est longtemps resté incertain[746]. Jusqu'à deux arrêts importants rendus par la Chambre mixte de la Cour de

[746] Ph. BRUN, « Loteries publicitaires trompeuses, la foire aux qualifications pour une introuvable sanction », liber amicorum *J. Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 191.

cassation le 6 septembre 2002, *le fondement fluctuait (1)* au gré des affaires entre responsabilité extracontractuelle, contrat et engagement unilatéral de volonté. Depuis lors, le fondement de la sanction civile des loteries publicitaires s'est stabilisé autour du *quasi-contrat (2)*.

1. Les fluctuations du fondement retenu jusqu'en 2002

454. L'arrêt de la deuxième Chambre civile du 3 mars 1988 est le premier arrêt de la Cour de cassation rendu en ce domaine[747]. Il sanctionne l'organisateur d'une loterie publicitaire sur le fondement de la responsabilité délictuelle. En l'espèce, la société F.D.S. avait envoyé à plusieurs consommateurs des documents affirmant qu'ils étaient les heureux gagnants d'une somme de vingt-cinq millions de centimes. Le chèque libellé à leur nom qui accompagnait les documents devaient finir de les convaincre. Bien entendu, ils n'avaient gagné que le droit de participer à un tirage au sort. Deux d'entre eux assignèrent la société en réparation du préjudice subi. Le Tribunal d'instance de Longwy accueillit leur demande et condamna la société F.D.S. à leur verser des dommages et intérêts sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. La Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par la société FDS et reprit la solution du Tribunal d'instance de Longwy, estimant que l'article 1382 du Code civil était bien applicable à ces hypothèses. Cette solution fut confirmée à de nombreuses reprises et la responsabilité délictuelle apparut comme le fondement privilégié pour condamner les professionnels, auteurs de loteries publicitaires équivoques ou mensongères[748]. En effet, le comportement des professionnels qui envoient des documents équivoques aux consommateurs constitue bien une faute au sens de l'article 1382 du Code civil. Cette dernière consiste à « présent[er] de façon affirmative un évènement hypothétique »[749].

455. De manière générale, c'est la tromperie du professionnel qui est sanctionnée et qui justifie la mise en œuvre de la responsabilité délictuelle. La présentation des documents est déterminante pour caractériser la faute. Lorsqu'ils ne sont pas équivoques et font

[747] Civ. 2ème, 3 mars 1988, pourvoi n° 86-17.550 ; *Bull. civ. II*, n° 57.
[748] Civ. 2ème, 28 juin 1995, pourvoi n° 93-17.738 ; *Bull. civ. II*, n° 225 – Civ. 2ème, 18 décembre 1996, pourvoi n° 94-20.368 ; *Bull. civ. II*, n° 307 – Civ. 2ème, 14 janvier 1998, pourvoi n° 95-17.909, Inédit – Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-10.570 ; *Bull. civ. I*, n° 289 ; *JCP G*, 2000, p. 1321, note F. MEHREZ – Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-18.852, Inédit – Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-20.509, Inédit, Civ. 2ème, 26 octobre 2000, pourvoi n° 98-18.246 ; *Bull. civ. II*, n° 148.
[749] Civ. 2ème, 3 mars 1988, pourvoi n° 86-17.550 ; *Bull. civ. II*, n° 57.

apparaître clairement que le consommateur a la simple possibilité de participer à un tirage au sort, aucune faute ne peut être reprochée au professionnel. En revanche, lorsque la présentation est équivoque et peut tromper le consommateur en lui faisant croire qu'il a déjà gagné un lot, alors la faute est caractérisée. Suivant les affaires considérées, la méthode employée pour apprécier l'existence de la faute a varié. L'appréciation du caractère trompeur du courrier adressé au consommateur s'est parfois faite *in concreto*, la loterie publicitaire devant avoir réellement induit en erreur le plaignant[750]. D'autres fois, elle s'est faite *in abstracto*. La loterie publicitaire était sanctionnée dès lors qu'elle induisait le consommateur moyen en erreur[751]. Au regard du fait générateur, la responsabilité fondée sur l'article 1382 du Code civil est un fondement particulièrement bien adapté pour sanctionner les organisateurs de loteries publicitaires malveillants qui ont fait naître un espoir vain chez les consommateurs dans le but d'attirer de nouveaux clients.

456. La mise en œuvre de la responsabilité civile, si elle est adaptée à sanctionner une faute, se trouve subordonnée à la démonstration de l'existence d'un préjudice subi par le destinataire de la loterie. Quelques fois, l'envoi d'une loterie équivoque ou mensongère entraîne un préjudice matériel, par exemple si le consommateur engage des dépenses pour utiliser le bien gagné, ou pour aller chercher le lot. Mais, dans la majorité des hypothèses, un tel préjudice n'existe pas. Pour sanctionner les auteurs de loteries publicitaires trompeuses, les tribunaux relevaient l'existence d'un préjudice qui était constitué par « la personnalisation du document envoyé et la vaine croyance dans l'acquisition d'une somme importante »[752]. Il s'agit d'un préjudice de déception, c'est-à-dire un préjudice moral subi par la victime. Ce préjudice est très faible voire inexistant dans l'hypothèse des loteries publicitaires. Le recours à la responsabilité délictuelle ne devrait pas permettre d'attribuer l'intégralité du lot présenté comme acquis en raison du principe de réparation intégrale du préjudice qui implique de réparer tout le préjudice subi par la victime, mais uniquement le préjudice subi par elle. Dans de rares hypothèses pourtant, les indemnités accordées au consommateur atteignaient la valeur du lot promis. Par

[750] Civ. 2ème, 28 juin 1995, pourvoi n° 93-17.738 ; *Bull. civ. II*, n° 225 – Civ. 2ème, 18 décembre 1996, pourvoi n° 94-20.368 ; *Bull. civ. II*, n° 307
[751] Civ. 2ème, 14 janvier 1998, pourvoi n° 95-17.909, Inédit – CA Angers, 19 juin 2000, RG n° 99/00023, CA Lyon, 13 février 2002, RG n° 2000/07432
[752] Civ. 2ème, 3 mars 1988, pourvoi n° 86-17.550 ; *Bull. civ. II*, n° 57.

exemple, le Tribunal d'instance de Tourcoing, par un jugement du 14 juin 2000, condamna l'organisateur de la loterie sur le fondement de la responsabilité délictuelle, et retint que le préjudice équivalait à l'exécution du contrat qu'elle croyait ferme[753]. Ainsi, si elle est juridiquement pertinente, la responsabilité délictuelle des organisateurs de loteries publicitaires engagée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil est peu dissuasive parce que l'étendue de la sanction se trouve limitée par l'évaluation du dommage. En raison de la faiblesse des montants dus par les professionnels en application de la responsabilité délictuelle, d'autres fondements furent retenus et permirent de sanctionner de tels agissements par l'attribution au consommateur du lot promis ou d'une somme équivalente.

457. Ainsi, dans plusieurs affaires, la Cour de cassation a retenu l'existence d'un acte juridique, consistant soit en un acte juridique unilatéral[754], soit en un contrat[755], qui crée une obligation de délivrer le lot promis. Le refus de délivrer le lot, à la demande du consommateur, s'analyse comme l'inexécution d'une obligation contractuelle et doit être sanctionné comme telle par son exécution forcée ou par la responsabilité contractuelle de l'organisateur, responsabilité qui aboutira au versement d'une somme correspondant à la valeur du lot promis. Le recours à la théorie des actes juridiques présente l'avantage indéniable de sanctionner plus durement les professionnels. L'étendue de la sanction n'est plus mesurée à l'aulne du préjudice subi par le consommateur mais à l'aulne du lot promis. Cependant, l'existence d'un engagement unilatéral de volonté ou d'un contrat n'est pas évidente et leur constatation soulève les mêmes difficultés, dans un cas, comme dans l'autre. Il faut, pour mettre à la charge d'un organisateur de loteries publicitaires l'obligation de délivrer le lot promis, constater l'existence de son consentement réel et intègre à cette obligation. Pour l'engagement unilatéral de volonté, le consentement de l'organisateur suffit à faire naître l'obligation. Pour le contrat, l'obligation naît à la condition supplémentaire que le consommateur consente à recevoir le lot, ce qui est

[753] En 2005, la Cour de cassation adopte une substitution de motif et fonde l'obligation pour le professionnel de délivrer le lot promis sur le fondement de l'article 1371 du Code civil (Civ. 1ère, 10 mai 2005, pourvoi n° 00-20.494, Inédit).
[754] Civ. 1ère, 28 mars 1995, pourvoi n° 93-12.678 ; *Bull. civ. I*, n° 150.
[755] Civ. 1ère, 26 novembre 1991, pourvoi n° 90-15.935 ; *Bull. civ. I*, n° 332 – Civ. 2ème, 11 février 1998, pourvoi n° 96-82.672 ; *Bull. civ. II*, n° 58 – CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, Aff. C-96/00 Gabriel : l'arrêt retient la nature contractuelle de l'action du consommateur au regard des règles de compétences territoriales énoncées par la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

aisément démontré par sa demande en délivrance du lot. Or, il est évident que l'organisateur de la loterie n'a jamais eu la réelle intention de délivrer le lot à tous les destinataires de la loterie. Il faut donc prendre en considération la volonté déclarée par l'organisateur de la loterie et non sa volonté interne. Même en se référant à la volonté déclarée, l'existence d'un consentement réel et intègre est contestable lorsque son expression est équivoque. Là encore, la présentation du document publicitaire est fondamentale pour retenir l'existence d'un acte juridique. Il doit affirmer avec certitude que la loterie a déjà eu lieu et que son destinataire en est le gagnant.

458. L'engagement de la responsabilité civile comme la reconnaissance d'un acte juridique dépendent tous deux de la présentation des documents envoyés aux consommateurs. L'acte juridique ne peut être reconnu que si les documents ne sont pas équivoques et annoncent un gain certain au consommateur. Si les documents sont équivoques, la faute délictuelle, nécessaire à engager la responsabilité extracontractuelle de l'organisateur, est caractérisée. Ce constat permet d'expliquer la variabilité des fondements retenus pour sanctionner les organisateurs de loteries publicitaires[756]. Le recours à la théorie des actes juridiques se trouve limité à des hypothèses rares, lorsque le professionnel est suffisamment imprudent pour affirmer de manière non équivoque que le consommateur a déjà gagné. Lorsque la volonté du professionnel ne peut pas être déduite des documents envoyés, alors la responsabilité délictuelle est seule à pouvoir être prononcée, mais la sanction du professionnel est moindre. Ces deux fondements sont abandonnés, au profit de la qualification des loteries publicitaires en quasi-contrat, depuis deux arrêts de la Chambre mixte de la Cour de cassation rendus le 6 septembre 2002.

2. Le choix du quasi-contrat depuis 2002

459. L'incertitude autour du fondement permettant de sanctionner les organisateurs de loteries publicitaires illicites a été dissipée par deux arrêts de la Chambre mixte rendus le

[756] Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-10.570 ; *Bull. civ. I*, n° 289 ; *JCP G*, 2000, p. 1321, note F. MEHREZ , Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-18.852, Inédit. La Cour de cassation confirme l'arrêt d'appel qui écarte l'existence d'un acte juridique en raison de la présentation équivoque des documents au profit de la responsabilité délictuelle.

6 septembre 2002[757]. Les faits des deux affaires étaient similaires. Une société de vente par correspondance avait envoyé à différents consommateurs de la publicité accompagnée d'un bulletin de participation à une loterie qu'elle organisait. Les documents envoyés étaient particulièrement équivoques et laissaient entendre aux consommateurs qu'ils avaient gagné la somme de 105 750 francs. Deux de ces consommateurs ont assigné la société de vente par correspondance. Dans la première affaire[758], le consommateur avait écrit à l'entreprise de vente par correspondance pour obtenir son lot. Sa lettre démontrait, qu'en réalité, il savait n'avoir rien gagné. Sans réponse de la part de la société, il l'assigna en paiement d'une somme de 30 000 euros à titre de dommages et intérêts en réparation du préjudice né de la tromperie destinée à le persuader qu'il avait gagné. La Cour d'appel d'Orléans, non seulement, le débouta de sa demande faute de préjudice, mais le condamna également à verser un euro à la société de vente par correspondance pour procédure abusive. Déçu, le consommateur forma un pourvoi qui fut rejeté par la Chambre mixte de la Cour de cassation. Dans la seconde affaire[759], le consommateur était accompagné d'une association de consommateurs. Il assigna la société en délivrance du lot promis et subsidiairement, en paiement de l'intégralité de la somme pour publicité trompeuse. L'association demanda 100 000 francs de dommages et intérêts en réparation de l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs. La Cour d'appel de Paris, sur le fondement de la responsabilité délictuelle, condamna la société à verser, à titre de dommages et intérêts, une certaine somme au consommateur, inférieure à la valeur du lot promis, et un franc à l'association de consommateurs. A l'occasion d'un pourvoi formé par l'association de consommateurs[760], la Chambre mixte de la Cour de cassation releva d'office un moyen de pur droit. Au visa de l'article 1371 du Code civil, et affirmant que « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer », elle cassa l'arrêt d'appel. En refusant de constater l'existence de l'obligation de délivrer le

[757] Ch. mixte, 6 septembre 2002, (2 arrêts), pourvois n^{os} 97-14.397 et 98-22.981 ; *Bull. mixte*, n° 5 et 6 ; *CCC* 2002, n^{o} 151, note RAYMOND G. ; *D.*, 2002, p. 2963, note MAZEAUD D. ; *Defrénois*, 2002, p. 1608, obs. SAVAUX E ; *Gaz. Pal*, 2002, p. 1725, concl. de GOUTTES ; *JCP E*, 2002, p. 1687, note VINEY G. ; *JCP G*, 2002, II, 10173, note REIFEGERSTE ; *LPA*, 24 oct. 2002, note HOUTCIEFF D.
[758] Pourvoi n° 97-14.397
[759] Pourvoi n° 98-22.981.
[760] L'association contestait l'évaluation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs. Son pourvoi fut rejeté, les juges du fond appréciant souverainement l'évaluation de la réparation.

lot, et en limitant la réparation du consommateur à une somme inférieur au lot promis, la Cour d'appel avait violé l'article 1371 du Code civil.

460. Malgré des solutions différentes, ces deux arrêts fixent la qualification des loteries publicitaires. Si l'existence d'un aléa n'est pas mise en évidence dans les documents envoyés par l'organisateur de la loterie, et si le plaignant est de bonne foi, c'est-à-dire qu'il a réellement crû être le gagnant[761], alors la loterie publicitaire est qualifiée de quasi-contrat et elle fait peser sur l'organisateur de la loterie l'obligation de délivrer le lot promis. Depuis, la qualification de quasi-contrat s'est imposée comme l'unique voie permettant de sanctionner civilement les professionnels, organisateurs de loteries publicitaires illicites[762]. Elle permet de contourner les difficultés soulevées par le choix des autres fondements. D'une part, la qualification de quasi-contrat permet de constater l'existence d'une obligation de délivrer le lot promis pour le professionnel sans avoir à caractériser sa volonté de s'obliger. L'obligation ne trouve plus sa source dans la volonté de créer une obligation, mais dans la volonté de commettre un fait illicite. La relation entre le professionnel qui envoie la loterie publicitaire et le consommateur qui la reçoit est de nature extracontractuelle[763]. D'autre part, elle permet l'attribution de l'intégralité du lot au consommateur et elle assure ainsi une sanction plus sévère du professionnel que la

[761] Cette condition se déduit de la première affaire (pourvoi n° 97-14.397). La Chambre mixte, alors que le comportement de l'organisateur de la loterie et les documents envoyés étaient identiques, ne souleva pas d'office le moyen tiré de l'existence d'un quasi-contrat. L'absence de relevé d'office s'explique par la mauvaise foi du consommateur, qui envoya une lettre montrant qu'il ne fut pas trompé par les documents reçus. A l'heure actuelle, l'exigence de bonne foi du consommateur semble abandonnée par la Cour de cassation. Voir *supra* n° 466 et s.

[762] De nombreux arrêts ont repris cette solution en rappelant un attendu de principe désormais bien établi : « l'organisateur d'une loterie qui annonce un gain à une personne dénommée sans mettre en évidence l'existence d'un aléa s'oblige, par ce fait purement volontaire, à le délivrer ». Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-19.934 ; *Bull. civ. I*, n° 85 ; *CCC*, 2003, n° 100, note G. RAYMOND, *Defrénois* 2003, p. 1168, obs. LIBCHABER R.; *RDC*, 2003 p. 80, obs. D. FENOUILLET – Civ. 1ère, 10 mai 2005, (3 arrêts) pourvois nos 00-20.494, 01-01.697 et 02-21.297, Inédits – Civ. 1ère, 13 juin 2006, pourvoi n° 05-18.469 ; *Bull. civ. I*, n° 308 ; *CCC*, 2006, n° 11, p. 10, comm. L. LEVENEUR ; *RDC*, 2006, p. 115, obs. D. FENOUILLET – Civ. 1ère, 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-16.159, Inédit ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 60-70, p. 15, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES – Civ. 1ère, 25 février 2010, pourvoi n° 09-12.129, Inédit ; *CCC*, 2010, n° 6 p. 37, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES – Civ. 1ère, 11 mars 2010, pourvoi n° 08-20.545, Inédit ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES

[763] Pour autant, la loterie publicitaire n'est pas étrangère à toute idée de contrat de consommation. C'est une pratique commerciale qui place les protagonistes dans la phase précontractuelle. Le professionnel réalise ainsi la publicité de ses produits et espère entraîner la conclusion du contrat. Celui-ci commandera des produits en considération de la loterie publicitaire, pensant que cela augmente ses chances de gagner le gros lot ou que c'est une condition nécessaire pour participer à la loterie, ou s'il croit déjà avoir gagné, pour percevoir son lot.

responsabilité délictuelle, sanction naturelle des faits illicites, qui n'entraîne qu'une condamnation faible à verser des dommages et intérêts.

B. Les conditions actuelles de la sanction civile des loteries publicitaires

461. La Cour de cassation a précisé les conditions auxquelles l'envoi d'une loterie publicitaire est qualifié de quasi-contrat. Bien que les loteries publicitaires soient encadrées par la loi sous peine de sanctions pénales, le caractère pénalement répréhensible des comportements en cause est indifférent pour le prononcé d'une sanction civile. *L'indépendance de la sanction avec l'existence d'une sanction pénale (1)* peut alors être constatée. La sanction peut être prononcée lorsque le *professionnel n'a pas mis en évidence l'aléa (2)* caractéristique de la loterie.

1. L'indépendance de la sanction avec l'existence d'une infraction pénale

462. Les dispositions des articles L. 121-36 à L. 121-39 du Code de la consommation tendent principalement à assurer la gratuité de la participation aux loteries publicitaires et à assurer l'information du consommateur sur les lots mis en jeu, leur valeur commerciale, ainsi que sur la possibilité pour eux d'obtenir le règlement du jeu. La violation de ces dispositions est sanctionnée pénalement par l'article L. 121-41 du même code. La commission d'une infraction pénale constitue nécessairement une faute civile qui peut être sanctionnée sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Pourtant, les tribunaux, lorsqu'ils prononcent une sanction civile à l'encontre de l'organisateur des loteries, en qualifiant la loterie publicitaire de quasi-contrat, ne se réfèrent, ni directement, ni indirectement, à la violation de ces dispositions. Il y a une dissociation totale des conditions de légalité des loteries publicitaires au regard des exigences pénales issues des articles L. 121-36 à L. 121-39 du Code de la consommation et au regard des exigences civiles imposées par la jurisprudence. En effet, la violation d'une disposition pénalement sanctionnée n'entraîne pas pour autant la qualification de la loterie publicitaire en quasi-contrat et l'attribution du lot promis au consommateur déçu. Par exemple, l'envoi d'un bulletin de participation à une loterie publicitaire qui n'est pas distinct de l'éventuel bon de commande est contraire aux dispositions de l'article L. 121-36, alinéa 2, du Code de la consommation. Ce comportement est sanctionné pénalement. Pour autant, cette confusion ne fait pas nécessairement naître chez le consommateur la certitude qu'il a d'ores et déjà gagné le lot mis en jeu. L'aléa propre à toute loterie publicitaire peut tout de même être

mis correctement en évidence. La qualification de quasi-contrat est donc exclue. Au-delà, le strict respect des exigences légales n'empêche pas d'adopter une présentation équivoque des documents envoyés aux consommateurs qui fait naître la fausse croyance d'avoir gagné. La qualification de quasi-contrat n'est pas exclue même lorsque toutes les conditions légales sont respectées et la sanction civile peut s'appliquer[764].

463. Cette dissociation n'est pas spécifique aux loteries publicitaires et s'explique généralement par les finalités différentes de la répression pénale et des sanctions civiles. Une infraction pénale ne cause pas toujours un dommage qui doit être réparé par l'adoption d'une sanction civile. A l'inverse, un comportement préjudiciable, qui entraîne le prononcé d'une sanction civile réparatrice, n'est pas systématiquement constitutif d'une infraction pénale. Dans l'hypothèse des loteries publicitaires, la différence ne s'explique pas de la même manière. Elle tient d'abord aux intérêts protégés. Les dispositions légales imposent la gratuité de la loterie et le formalisme qu'elles prescrivent tend à assurer cette gratuité. La qualification des loteries publicitaires en quasi-contrats sanctionne la tromperie de l'organisateur qui fait croire au consommateur qu'il a déjà gagné. La différence des conditions s'explique ensuite par la méthode employée pour définir les comportements sanctionnés. Les infractions définies par les articles L. 121-36 à L. 121-39 du Code de la consommation sont des infractions de prévention. Des sanctions pénales peuvent être prononcées dès lors que la violation d'exigences formelles est constatée, même si le comportement sanctionné n'est en pratique pas susceptible de causer un préjudice au consommateur. En imposant, pour qualifier les loteries publicitaires de quasi-contrats, l'absence de mise en évidence de l'aléa, les tribunaux érigent, au contraire, que la pratique soit déloyale et puisse potentiellement tromper les consommateurs.

464. Pour cette raison, avant l'adoption de la loi n° 2011-525 du Code de la consommation, le champ d'application des sanctions civiles était plus respectueux des exigences communautaires que celui des sanctions pénales[765]. La directive n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales des professionnels vis-à-vis des consommateurs

[764] Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-19.934 ; *Bull. civ. I*, n° 85 ; *CCC*, 2003, n° 100, note G. RAYMOND, *Defrénois* 2003, p. 1168, obs. R. LIBCHABER ; *RDC*, 2003 p. 80, obs. D. FENOUILLET
[765] V. sur ce point *infra* n° 526.

interdit, de manière générale, les pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs. D'harmonisation totale, elle ne permet pas aux Etats d'adopter des dispositions plus strictes et d'interdire, par principe, une pratique commerciale déterminée. Les dispositions des Etats membres doivent subordonner l'interdiction et la sanction d'une pratique commerciale à la démonstration, au cas par cas, du caractère déloyal de la pratique. L'interdiction des loteries payantes par les articles L. 121-36 du Code de la consommation et suivants, et par la loi du 31 mai 1836, est sans aucun doute contraire aux dispositions de la directive. D'ailleurs, l'arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne du 14 janvier 2010 précise que la directive 2005/29/CE « doit être interprétée en ce sens qu'elle s'oppose à une règlementation nationale, […], qui prévoit une interdiction de principe, sans tenir compte des circonstances spécifiques au cas d'espèce, des pratiques commerciales faisant dépendre la participation des consommateurs à un concours ou à un jeu promotionnel de l'acquisition d'un bien ou d'un service »[766]. La gratuité d'une loterie publicitaire n'est donc pas une condition de sa loyauté, et les loteries payantes ne peuvent pas être interdites par principe. Cette décision a été suivie par une réforme législative ajoutant à l'article L. 121-36, alinéa 1er, *in fine* que « lorsque la participation à cette opération est conditionnée à une obligation d'achat, la pratique n'est illicite que dans la mesure où elle revêt un caractère déloyal au sens de l'article L. 120-1 ». Dès l'origine, la sanction civile des loteries publicitaires n'encourait pas le même grief. Elle n'est prononcée qu'à la condition que l'aléa propre à toute loterie n'ait pas été mis en évidence. Or, une loterie qui ne met pas en évidence l'existence d'un aléa tend à tromper les consommateurs dans le but d'attirer de nouveaux clients, et constitue ainsi, une pratique commerciale trompeuse au sens des articles 6 et 7 de la directive communautaire 2005/29/CE. La qualification de quasi-contrat, à titre de sanction, est donc conforme aux dispositions communautaires parce qu'elle n'est pas applicable à toutes les loteries publicitaires mais seulement à celles qui constituent des pratiques commerciales déloyales.

2. L'absence de mise en évidence de l'aléa

465. L'existence du quasi-contrat découle du fait de ne pas mettre en évidence l'existence d'un aléa. Cette condition recouvre deux exigences cumulatives. D'abord, la

[766] CJUE, arrêt *Plus Warenhandelsgesellschaft* du 14 janvier 2010, Aff. n° C-304/08.

mise en évidence de l'aléa doit être faite dès l'annonce du gain. C'est une condition temporelle qui implique que le consommateur doit être informé du caractère aléatoire de la loterie au moment où il reçoit le bulletin de participation. La société organisatrice ne peut pas se contenter, par exemple, de le faire apparaître dans le règlement du jeu, qui n'est pas adressé aux consommateurs mais simplement mis à leur disposition à leur demande. L'arrêt de la première Chambre civile de la Cour de cassation du 13 juin 2006[767] illustre bien cette exigence. Une consommatrice avait reçu une lettre d'une société de vente par correspondance lui attribuant des points auxquels correspondait le lot le plus élevé, soit 10 000 dollars. Trois jours plus tard, la société l'informait que les points ne lui permettaient que de participer à un tirage au sort. Elle l'assigna en délivrance du premier prix. La Cour d'appel d'Aix-en-Provence rejeta sa demande aux motifs que l'aléa avait été mis en évidence par le deuxième courrier adressé à la consommatrice. La Cour de cassation cassa l'arrêt d'appel, affirmant fermement que la mise en évidence de l'aléa doit se faire « dès l'annonce du gain ». Cette solution a été confirmée récemment par l'arrêt de la première Chambre civile du 14 janvier 2010[768].

466. Ensuite, l'aléa doit être compris par le consommateur « à première lecture », c'est-à-dire qu'il doit comprendre, par une simple lecture des documents, que le gain n'a pas encore été attribué et qu'il n'a pas encore gagné. Si les documents font naître un espoir, même bref, chez le consommateur, la loterie publicitaire est qualifiée de quasi-contrat et l'organisateur de la loterie devra délivrer le lot promis. Ainsi, l'arrêt de la première Chambre civile du 10 mai 2005[769] cassa l'arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence pour violation de l'article 1371 du Code civil, parce qu'il avait débouté le consommateur aux motifs que les documents ne pouvaient faire naître chez lui que « très passagèrement » l'espérance d'un gain, et qu'une lecture plus complète permettait de déceler l'aléa. Pour vérifier que les organisateurs de loteries publicitaires mettent en évidence l'aléa « à première lecture » les tribunaux se réfèrent aux termes employés et également à la présentation lisible ou non des documents. Ainsi, l'utilisation de petits

[767] Civ. 1ère, 13 juin 2006, pourvoi n° 05-18.469 ; *Bull. civ. I*, n° 308 ; *CCC*, 2006, n° 11, p. 10, comm. L. LEVENEUR ; *RDC*, 2006, p. 115, obs. D. FENOUILLET.
[768] Civ. 1ère, 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-16.159, Inédit ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 60-70, p. 15, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES.
[769] Civ. 1ère, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-21.297, Inédit

caractères, compacts, sans retour à la ligne[770] ou de couleurs peu lisibles[771] dissuade le consommateur de lire les documents et l'empêche de percevoir l'aléa à première lecture. Les décisions récentes de la Cour de cassation montrent qu'elle est très stricte avec cette exigence[772].

467. La question principale porte sur l'appréciation de la mise en évidence de l'aléa. L'appréciation *in concreto* impose de rechercher si l'aléa n'était pas perceptible à première lecture pour le consommateur qui exerce l'action en justice. L'action de différents consommateurs ayant reçu exactement les mêmes documents n'aboutirait pas forcément au même résultat en fonction des facultés de compréhension de chacun. Ainsi, si le consommateur est particulièrement vulnérable et comprend qu'il est le gagnant de la loterie alors que le consommateur moyen aurait décelé la supercherie, l'organisateur de la loterie publicitaire devra lui délivrer le lot. A l'inverse, si le consommateur est de mauvaise foi, alors que le consommateur moyen se serait laissé prendre, l'attribution du lot promis lui sera refusée parce que pour lui, l'aléa était suffisamment mis en évidence. Cette interprétation a l'avantage d'éviter d'attribuer les lots promis à des consommateurs de mauvaise foi, qui n'ont jamais été trompés, et qui exercent une action en justice motivés par le seul appât du gain. A l'inverse, l'appréciation *in abstracto* implique de rechercher si un consommateur moyen, au regard de la catégorie visée par l'opération de loterie publicitaire, n'aurait pas perçu l'aléa à première lecture. Les juges du fond tendent à retenir une appréciation *in abstracto*[773]. La Cour de cassation s'est prononcée assez nettement pour l'appréciation *in abstracto* de la mise en évidence de l'aléa dans un arrêt

[770] Civ. 1ère, 25 février 2005, pourvoi n° 09-12.129, Inédit ; *CCC*, 2010, n° 6 p. 37, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES – CA Grenoble, 6 février 2004, RG n° 04/1141.
[771] CA Rouen, 7 novembre 2007, RG n° 06/2842b (écriture en ocre sur fond rose).
[772] Civ. 1ère, 25 février 2010, pourvoi n° 09-12.129, préc. – Civ. 1ère, 11 mars 2010, pourvoi n° 08-20.545, Inédit, *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES – Civ. 1ère, 1er juillet 2010, pourvoi n° 09-12.585, Inédit.
[773] La Cour d'appel de Bordeaux a clairement pris position en ce sens, en reprenant, dans plusieurs arrêts, des motifs très explicites : « Les documents adressés […] doivent en conséquence être examinés afin d'établir si par leur intitulé, leur présentation, leur formulation, leur libellé et la nature des termes employés ils peuvent être considérés aux yeux d'un destinataire normalement attentif et diligent[773] comme contenant une promesse de gain ferme et dénuée d'aléa » : CA Bordeaux, 7 février 2008, RG n° 05/003556 et RG n° 06/6038 ; 10 mars 2008, RG n° 05/03647 ; 7 mai 2008, RG n° 06/03025 ; 6 juin 2008, RG n° 06/06122 ; 9 juin 2008, RG n° 06/06140 ;V. également : CA Lyon, 15 janvier 2008 : « un consommateur moyennement avisé ne pouvait se méprendre sur l'existence d'un aléa » (cité dans le moyen rejeté par Civ. 1ère, 17 juin 2009, pourvoi n° 08-18.155, Inédit) – CA Lyon, 13 février 2002, RG n° 2000/07432 : « la Société […] a trompé Madame Y.., consommatrice normalement avisée », CA Aix-en-Provence, 17 décembre 2004 : « cette présentation fallacieuse destinée à tromper le consommateur même le plus sceptique ».

récent du 23 juin 2011 rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation[774]. En l'espèce, l'action en délivrance du lot promis avait été introduite par un greffier. La Cour d'appel avait apprécié la mise en évidence de l'aléa *in concreto*, au regard des capacités de l'auteur de l'action et elle avait estimé qu'en raison de sa profession, « greffier expérimenté, habitué à recevoir des documents en matière de contentieux et à ne pas se contenter d'une lecture superficielle des courriers », le consommateur « ne pouvait que se montrer incrédule sur les gains extraordinaires annoncés dans le style excessif de ces documents promotionnels »[775]. La Cour de cassation condamne cette analyse et casse l'arrêt d'appel, parce que par ailleurs, les motifs de la décision montraient que l'aléa n'était pas mis en évidence à première lecture. Par conséquent, le consommateur n'a pas à montrer que les documents étaient équivoques au regard de ses connaissances et de ses capacités personnelles. Il doit montrer que le message est équivoque en lui-même, c'est-à-dire par rapport au consommateur moyen, et qu'il ne permet pas d'établir l'existence d'un aléa à première lecture. Cette tendance est conforme aux dispositions de l'article 5 de la directive communautaire n° 2005/29/CE, d'harmonisation complète, qui précisent que la déloyauté d'une pratique commerciale s'apprécie au regard du consommateur moyen, et donc privilégient une interprétation *in abstracto*.

468. Toutefois, l'appréciation *in abstracto* ne doit pas conduire à favoriser la mauvaise foi des consommateurs. C'est pourquoi, la Cour de cassation refuse l'attribution du lot promis aux consommateurs de mauvaise foi. Les arrêts de la Chambre mixte du 6 septembre 2002 ont pris clairement parti en ce sens. Lorsque la mauvaise foi du consommateur est démontrée, elle s'abstient de sanctionner le professionnel[776]. La bonne foi du consommateur étant présumée, le professionnel doit prouver que le consommateur est de mauvaise foi, c'est-à-dire qu'il tente de tirer profit d'un pseudo-gain qu'il savait ne pas être le sien. Cette preuve est très difficile à rapporter et constitue une faible limite à la sanction civile des loteries publicitaire. Il a par exemple été jugé récemment que la

[774] Civ. 1ère, 23 juin 2011, pourvoi n° 10-19.741, Inédit ; *LPA*, 6 septembre 2009, n° 177, p. 19, note BURGARD M.
[775] Motifs de l'arrêt la Cour d'appel d'Aix-en-Provence repris par le moyen.
[776] En sens contraire, CA Rouen, 7 novembre 2007, RG n° 06/2842b : « il est à ce stade particulièrement déplacé de la part de la société […] de prétexter la mauvaise foi de la consommatrice pour se soustraire à l'application des dispositions de l'article 1371 du Code civil ».

mauvaise foi d'un consommateur n'était pas établie par sa profession d'avocat, par sa participation de nombreuses loteries publicitaires et par ses nombreuses demandes infructueuses en délivrance du lot[777].

C. La sanction civile des loteries publicitaires : une peine privée

469. Classiquement, le fondement théorique retenu pour sanctionner les auteurs de loteries publicitaires trompeuses est étranger à toute idée de faute et en conséquence ne permet pas d'y reconnaître un type de peine privé. A cet égard, elle ne saurait être qualifiée de peine privée. Mais en pratique, les conditions de la qualification de quasi-contrat, ainsi que les effets qu'elle produit, en font, indirectement, une peine privée. D'abord, en pratiquant des loteries publicitaires dont la présentation est équivoque, les organisateurs espèrent tromper les consommateurs en faisant naître chez eux la croyance d'un gain seulement aléatoire, et ainsi provoquer des achats fondés sur une cause erronée. Ensuite, l'interprétation *in abstracto* vers laquelle tend la jurisprudence pour caractériser la mise en évidence de l'aléa à première lecture, focalise les conditions de la sanction sur le comportement du professionnel et éloigne encore plus la sanction de toute idée de réparation. En effet, l'application de la sanction est indépendante de l'existence d'un préjudice. Il n'est pas nécessaire, pour que l'organisateur de la loterie soit condamné à verser le lot promis, que le consommateur déçu ait subi un préjudice. Enfin, même lorsqu'un consommateur a subi un préjudice, le montant de la sanction est sans commune mesure avec le préjudice subi. Cette fois encore, le choix d'une interprétation *in abstracto* de la mise en évidence du gain aggrave encore la situation des professionnels organisateurs de loteries illicites. Dès lors qu'il est admis que les documents envoyés ne mettent pas en évidence l'aléa, à première lecture, pour le consommateur moyen, il doit potentiellement délivrer le lot promis à tous les destinataires de la loterie, et pas seulement à ceux qui furent effectivement trompés par le message équivoque. Le montant potentiel de la sanction est très élevé.

470. La qualification de quasi-contrat est donc très favorable aux consommateurs. Le choix de ce fondement traduit le caractère comminatoire de la sanction et la forte fonction

[777] Civ. 1ère, 11 mars 2010, pourvoi n° 08-20.545, Inédit ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES

répressive et dissuasive que veulent lui imprimer les magistrats. Pourtant, la qualification de quasi-contrat est rarement un mécanisme sanctionnateur. L'utilisation qui en est faite dans l'hypothèse particulière des loteries publicitaires lui donne ce rôle. En effet, cette solution n'est possible qu'au prix d'une déformation de la notion de quasi-contrat telle qu'elle était habituellement admise. Jusqu'alors, les quasi-contrats ne constituaient pas un mécanisme sanctionnateur mais se fondaient sur un déséquilibre qu'il fallait rétablir. « Traditionnellement appréhendé comme un mécanisme de compensation ou de restitution en faveur de l'auteur d'un fait profitable d'autrui, il constitue désormais une technique de sanction des promesses sans lendemain. »[778] Cette qualification permet d'écarter l'application de la responsabilité délictuelle sur le fondement de l'article 1382 du Code civil. Sanction naturelle des faits illicites, cette dernière est limitée par l'étendue du dommage et présente un caractère fortement réparateur. Elle ne permet pas de réprimer sévèrement les professionnels organisateurs de loteries illicites et de les dissuader d'adopter de tels agissements. La qualification de quasi-contrat, au contraire, permet de sanctionner le professionnel par l'obligation de délivrer le lot promis, même si sa valeur est supérieure au préjudice subi par le consommateur, et même en l'absence de préjudice. La fonction dissuasive prend le pas sur la fonction réparatrice que revêtent traditionnellement les sanctions civiles. Ce choix finaliste, juridiquement discutable, est motivé par la volonté de faire jouer à la sanction civile un rôle répressif et dissuasif. Dans ses conclusions, le Premier avocat général insistait sur l'avantage « de protection et de dissuasion » que présente le choix d'une obligation contractuelle ou quasi-contractuelle par rapport à la responsabilité délictuelle. Ainsi, il ressort des fonctions assignées à la sanction civile des loteries publicitaires, de ces conditions, de ses effets, et des raisons qui sous-tendent le choix de cette sanction, qu'elle constitue une peine privée[779]. De la même manière, les tribunaux ont élargi le champ d'application de la nullité du contrat de consommation.

[778] Ph. BRUN, « Loteries publicitaires trompeuses : la foire aux qualifications pour une introuvable sanction », *in Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 191 ; D. MAZEAUD, note précitée n° 13.
[779] Ph. BRUN, art. préc. ; P. JOURDAIN, « Les peines privées : Rapport général », *in Travaux de l'association Henri Capitant : L'indemnisation*, Paris : SLC, 2004.

§3. Le caractère de peine des nullités de droit fondées sur la seule violation de dispositions consuméristes

471. Il a été montré que le droit positif tend à admettre, de manière générale, la nullité de droit du contrat de consommation sur le seul fondement de la violation de dispositions consuméristes d'ordre public dont la finalité est la protection du consentement des consommateurs[780].

472. Eu égard au domaine de cette nullité, parfois qualifiée d'automatique, en droit de la consommation, il semble *a priori* qu'elles exercent une fonction principalement réparatrice. En effet, toutes les dispositions sanctionnées sur ce fondement par la nullité du contrat de consommation ont trait à l'intégrité du consentement du consommateur, imposant aux professionnels de les informer sur les produits consommés et sur les contrats conclus ou leur conférant des délais de réflexion. Mais le caractère automatique de la sanction s'oppose à cette analyse. La sanction est complètement indépendante de l'éventuel préjudice qu'aurait pu subir le consommateur, elle ne peut donc pas avoir comme objectif de réparer un préjudice inexistant. L'aspect réparateur resterait prédominant si, dans ces hypothèses, au lieu d'appliquer la nullité automatiquement, la constatation de la violation opèrerait simplement un renversement de la charge de la preuve, comme le préconisent de nombreux auteurs. Par exemple, dans l'hypothèse de la violation d'une obligation d'information, le professionnel pourrait alors échapper au prononcé de la nullité en montrant soit que l'information non transmise était connue du consommateur, soit que l'information n'était pas pertinente pour lui et n'aurait pas eu d'influence sur son consentement. D'ailleurs, étudiant l'efficacité des nullités automatiques, Madame Ouerdane-Aubert de Vincelles conclut à leur inefficacité à remplir la fonction réparatrice qui est normalement dévolue aux sanctions civiles en raison de « l'incertitude des conséquences de la violation »[781] et de l' « adaptation incertaine de la sanction »[782].

[780] V. *supra* n° 60 à 96.
[781] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Paris : Dalloz, 2002, n° 218 et s.
[782] C. OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES, *op. cit.*, n° 223 et s.

473. L'analyse des arrêts rendus dans cette matière, comme celui rendu par la première Chambre civile de la Cour de cassation le 22 janvier 2009[783], montre que des considérations pénales justifient l'admission de la nullité du contrat de consommation fondée sur la seule violation. En l'espèce, une consommatrice avait contracté un crédit renouvelable. Méconnaissant les dispositions de l'article L. 311-17 du Code de la consommation, le prêteur mis les fonds à dispositions de l'emprunteur avant l'expiration du délai de rétractation. A la suite d'un incident de paiement, le prêteur introduit une action devant le Tribunal d'instance de Vienne. Ce dernier releva d'office la nullité du contrat de crédit. Il fonda sa décision par l'objet de la règle sanctionnée : « Cette disposition a pour objet de préserver la liberté effective, du consommateur, d'exercer sa faculté de renonciation. Elle a, ainsi, trait à l'intégrité du consentement de ce dernier. En conséquence, la violation de cette règle légale ne peut avoir pour seule sanction que la nullité du contrat»[784]. La décision fait le lien entre l'objectif poursuivi par la norme sanctionnée c'est-à-dire la liberté du consentement du consommateur, et la sanction prononcée c'est-à-dire la nullité du contrat. Cela sous-entend que la violation de l'article L. 311-17 du Code de la consommation porte atteinte au consentement du consommateur, parce qu'elle entrave l'exercice du droit de rétractation dont il dispose. Il est, en quelque sorte, présumé que le consentement du consommateur est vicié, et donc, que le contrat ne fut pas librement consenti. Le recours à la nullité a alors pour finalité de réparer les conséquences de la violation de la règle. Lorsqu'elle est prononcée par le tribunal d'instance de Vienne, la nullité a une vocation principalement réparatrice. Elle est la sanction naturelle de la contrainte exercée sur le consentement présumé à la suite de la violation de l'article L. 311-17 du Code de la consommation. L'auteur du pourvoi, pour remettre en cause le jugement du Tribunal d'instance de Vienne, s'appuie également sur la fonction réparatrice de la nullité et invoque l'absence de préjudice subi par le consommateur. Il fait valoir que la violation des dispositions en cause n'a causé aucun préjudice au consommateur parce qu' « il n'avait jamais eu l'intention de se rétracter ». Par conséquent, le paiement intervenu pendant le délai de rétractation en violation de l'article L. 311-17 du Code de la consommation n'a pas empêché le consommateur

[783] Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 03-11.775, Inédit ; *RD bancaire et fin.*, 2009, p. 43, obs. X. LAGARDE.
[784] Motifs du jugement cité par le moyen.

d'exercer un droit dont il n'aurait pas usé. En l'absence de préjudice, la nullité du contrat de crédit ne doit pas être prononcée.

474. La Cour de cassation rejette le pourvoi. Pour autant, elle ne confirme pas la motivation du Tribunal de Vienne. Son raisonnement est sensiblement différent. Il s'inscrit dans la ligne des autres décisions retenant la nullité automatique du contrat de consommation. Elle prononce la nullité du contrat de crédit sur le fondement de la violation d'une disposition d'ordre public, l'article 6 du Code civil. Ainsi, « la méconnaissance des dispositions de l'article L. 311-17 du Code de la consommation est sanctionnée non seulement pénalement comme le prévoit l'article L. 311-35 du même code mais également par la nullité du contrat en vertu de l'article 6 du Code civil ». La question du préjudice causé au consommateur est totalement évacuée. La Cour de cassation décide que la nullité est applicable automatiquement, sans que l'existence ou l'absence d'un préjudice ait une quelconque influence sur la solution. Peu importe que le paiement intervenu avant l'expiration du délai n'ai pas eu d'influence sur le comportement du consommateur et ne lui ait causé aucun préjudice. Une sanction civile doit s'ajouter aux sanctions pénales déjà prévues. Alors, l'objectif qui sous-tend le prononcé de la nullité n'est pas de réparer un quelconque préjudice mais bien de prévenir les comportements contraires en privant le professionnel du gain qu'il tire du contrat de consommation.

475. Cette affaire met en lumière l'ambiguïté qui existe sur la fonction principale exercée par la nullité prononcée automatiquement lorsque la violation d'une règle protectrice du consentement est constatée. L'examen de cette sanction sous le prisme des critères dégagés pour caractériser une peine oriente vers une telle qualification. D'abord, les nullités automatiques sont nécessairement fondées sur une faute du professionnel. Cette faute consiste à violer sciemment une disposition protectrice du consentement du consommateur. Ensuite, le prononcé de la sanction est complètement indépendant du préjudice subi par le consommateur qui l'invoque. En effet, la Cour de cassation prend ainsi de la distance avec l'exigence d'un vice du consentement du consommateur auquel serait subordonnée la nullité du contrat. Le consommateur, pour obtenir la nullité du contrat ne doit pas montrer que le défaut d'information a eu une influence déterminante sur son consentement, c'est-à-dire qu'il a subi un préjudice du fait de la faute du professionnel, mais il doit se contenter de montrer que les dispositions consuméristes ont

été violées. En outre, le professionnel ne peut pas échapper à la sanction en démontrant que le consommateur n'a subi aucun préjudice.

476. Toutefois, une approche des effets de la nullité avec ceux recherchés par la disposition sanctionnée fait naître un doute sur la nature, réparatrice ou pénale, de la sanction. En effet, une sanction exerce efficacement une sanction réparatrice lorsqu'elle rétablit la victime dans la situation qui aurait été la sienne si l'obligation avait été respectée. La sanction a donc une vocation réparatrice lorsque ses effets sont en lien avec le rétablissement de la situation de la victime. En l'occurrence, la nullité entretient un lien étroit avec l'objectif des dispositions protectrices du consentement du consommateur, le contrat conclu contre la volonté du consommateur disparaît rétroactivement. Le choix de cette sanction n'est donc pas anodin par rapport à l'objectif réparateur qu'elle peut exercer. En outre, la nullité n'est prononcée qu'à la demande du consommateur, c'est-à-dire lorsqu'il désire que le contrat soit anéanti. Malgré tout, l'étude téléologique permet de confirmer les conclusions déduites des critères de la peine privée. Si la nullité se justifiait principalement par un souci de réparer le préjudice par le consommateur, il n'aurait pas été nécessaire de la fonder sur l'article 6 du Code civil. Les vices du consentement, notamment le dol, le pourrait. La Cour de cassation a assoupli les conditions de la réticence dolosive[785]. Le fondement choisi est un fondement finaliste, utilisé pour justifier la nullité du contrat qui voulait être prononcée. D'ailleurs, le recours à l'article 6 du Code civil a été critiqué. Si la violation de l'ordre public doit être sanctionnée, la nullité n'est pas forcément la sanction la mieux adaptée, surtout, que dans la grande majorité des hypothèses des sanctions pénales sont prévues pour réprimer de tels agissements. Il faut en outre ajouter que les comportements sanctionnés par la nullité du contrat sont commis la plupart du temps au cours de la période précontractuelle, avant la conclusion du contrat. L'atteinte opérée à l'ordre public n'a que peu de rapport avec le contrat de consommation. Ce dernier reste malgré tout conforme aux prescriptions de l'article 6 du Code civil. La nullité sanctionne donc le fait du professionnel et non l'illicéité du contrat. L'inadaptation du fondement choisi révèle que la nullité est prononcée pour des considérations qui vont bien au-delà de la réparation de l'éventuel préjudice subi. Ce choix s'explique par « la volonté de donner à la sanction un caractère

[785] Voir *supra* n° 100 et s.

comminatoire »[786]. La nullité vise à réprimer le professionnel qui, par son comportement, a violé une norme d'ordre public. Elle assume également un rôle préventif et dissuasif fort, parce qu'avec cette solution, tous les contrats qui ne respectent pas les dispositions d'ordre public protectrices des intérêts des consommateurs peuvent potentiellement être remis en cause et les conséquences pourrait être désastreuses pour les professionnels.

477. ***Conclusion du titre 1.*** La dissuasion est toujours l'une des fonctions principales de la peine, que cette dernière prenne la forma d'une sanction pénale ou d'une peine privée. Cela a pour conséquence que le choix de la sanction est guidé par des impératifs d'intimidation du professionnel et de répression, le cas échéant, de l'auteur de la violation de la loi. L'objectif de dissuasion, attribué aux peines se traduit dans les conditions de leur application et dans leurs effets par l'indépendance à l'existence d'un dommage et à l'évaluation du préjudice potentiellement subi par les consommateurs, victimes de la violation. Plus cette indépendance est marquée, plus la fonction dissuasive qui leur est attribuée est importante.

478. L'analyse des sanctions spéciales de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation a fait ressortir que leur fonction dissuasive est prépondérante. D'une part, alors que les sanctions pénales naturellement des sanctions qui exercent principalement une fonction dissuasive, l'importance de cette dernière est renforcée par le choix d'incriminer des infractions formelles qui sont consommées en l'absence de résultat préjudiciable. D'autre part, les quelques sanctions civiles dont le régime est spécial aux contrats de consommation s'analysent comme des peines privées dont la fonction principale est de dissuades les professionnels à violer le droit de la consommation. Malgré ce recours massif à des sanctions principalement dissuasives, le droit de la consommation reste un droit peu appliqué par les professionnels. Il est donc indispensable de repenser les conditions de l'efficacité dissuasives des sanctions consuméristes.

[786] N. RZEPECKI, *JCP G, 2005*, II, 10160.

Titre 2

Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions consuméristes

479. Une sanction est dissuasive si son éventualité a une influence sur le comportement des destinataires de la norme sanctionnée. La dissuasion s'exerce par l'intimidation générale qui « vise à empêcher le citoyen d'adopter un comportement criminel lorsque le risque d'être découvert et puni l'emporte sur la séduction exercée par ce comportement »[787]. L'étude de l'effet d'intimidation générale exercée par les sanctions civiles trouve sa principale origine dans les travaux menés par Beccaria[788] et Bentham[789]. Pour Bentham, la prévention des comportements antisociaux est la raison d'être de la peine. Cette dernière se trouve suffisamment justifiée si elle permet d'obtenir un recul de la criminalité. Pourtant, cette fonction utilitaire de la peine ne doit pas être l'unique raison de la pénalisation des comportements. Monsieur Berghuis constate justement qu' « une théorie dans laquelle le contrôle de la criminalité est si primordiale, renferme le danger que la fin justifie les moyens. Lorsqu'il n'y a d'autre frein que les désavantages, on peut craindre que des mesures inhumaines et des violations des droits de l'homme seront considérées comme acceptables, si celles-ci sont effectives en termes de recul de la criminalité. »[790]. La recherche de l'efficacité dissuasive des sanctions doit donc être

[787] A.-.C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à L. Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 73.
[788] BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. et notes de Ph. Audegean, ENS, 2009.
[789] BENTHAM, *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham par Et. Dumont*, Paris ; Londres : Bossange et Masson, 1918, 439 p.
[790] A.-.C. BERGHUIS, art. préc., p. 70.

conciliée avec les exigences de l'intérêt général et des principes fondamentaux de notre société. Dans ces limites, il est possible d'améliorer la dissuasion exercée par les sanctions en adaptant ces dernières et leur mise en œuvre sur plusieurs points : la sévérité de la sanction, l'effectivité de la sanction et la rapidité avec laquelle la sanction intervient après la violation de la loi. Ainsi, les questions de l'effectivité et de la célérité de la sanction occupent une place centrale dans la dissuasion des comportements antisociaux. En effet, si la menace de la peine n'est que théorique et n'a pas de traduction dans le réel, elle s'évapore et l'effet dissuasif que la sanction exerce est quasiment inexistant. Ainsi, Beccaria affirmait déjà intuitivement que « la certitude d'une punition, même modérée, fera toujours plus d'impression que la crainte d'une peine terrible si à cette crainte se mêle l'espoir de l'impunité »[791]. Des travaux récents ont montré que les personnes non délinquantes surévaluaient généralement le risque d'être sanctionné tandis que les délinquants avaient une connaissance plus précise des risques effectifs et adaptaient leur comportement en fonction de l'effectivité des sanctions[792]. Cependant, une étude complète de l'effectivité des sanctions dépasse largement le cadre de cette étude parce qu'elle implique une analyse approfondie de la procédure pénale et de la procédure civile, qui ne sont pas spécifiques aux litiges de consommation. Les questions relatives à l'effectivité des sanctions ne seront abordées que lorsqu'elles influent sur le choix de la sanction encourue ou qu'elles dépendent de procédures spécifiques aux litiges de consommation.

480. La dissuasion, si elle est une fonction intrinsèque des peines[793], est un effet exercé par toutes les sanctions. Toutefois, la problématique de l'efficacité de la fonction dissuasive des sanctions est différente pour les sanctions pénales, pour lesquelles la dissuasion est l'une des fonctions principales qu'elles doivent exercer, et pour les sanctions civiles, pour lesquelles la dissuasion est une fonction, en principe, secondaire. Pour les sanctions pénales, l'adaptation à l'objectif dissuasif peut avoir une grande

[791] BECCARIA, *op. cit.*
[792] A.-C. BERGHUIS, art. préc. ; M. CUSSON, « Les mécanismes de la dissuasion », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1983, p. 13 ; « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 741 ; G. PICCA, « La sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ? », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 53 ; J. RIVERO, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 675.
[793] V. *supra* n[os] 333

influence sur la détermination des comportements sanctionnés et sur le choix des sanctions. A l'inverse, la recherche de l'effet dissuasif ne doit intervenir pour les sanctions civiles que s'il est compatible avec leur fonction principale : la réparation des préjudices. Ainsi, *les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions pénales (Chapitre 1)* doivent être abordées distinctement des *conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions civiles (Chapitre 2).*

Chapitre 1

Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions pénales

481. L'effet exact d'une norme juridique, et particulièrement d'une sanction, peut difficilement être connu. En effet, des raisons multiples poussent les individus à se conformer aux dispositions légales. La dissuasion exercée par les sanctions pénales intervient de deux manières. D'abord, la pénalisation des comportements opère un effet moral lorsque « la loi pénale ainsi que la manière de la faire appliquer sont considérées comme légitimes et adéquates »[794]. L'attitude des individus à l'égard du comportement criminel est variable, allant d'un respect systématique de la loi parce que la non-conformité à cette dernière heurterait leur conscience, à une violation systématique de la loi parce que la loi pénale n'est pas intégrée à leur système de valeur[795]. L'attitude de ces deux catégories de personnes à l'égard du comportement prohibé varie peu. Il est donc nécessaire de renforcer la légitimité de l'intervention du droit pénal, pour renforcer son efficacité dissuasive. Le recours massif au droit pénal pour sanctionner les violations des dispositions consuméristes décrédibilise l'intervention pénale parce qu'il met au même niveau l'inobservation involontaire de règlementations tatillonnes et la mauvaise foi généralisée. Il aboutit, en outre, à une ineffectivité massive du droit pénal de la consommation, qui nuit à l'effet dissuasif des sanctions pénales et qui participe à légitimer les infractions aux dispositions consuméristes. Dès lors, il apparaît nécessaire,

[794] A.C. BERGHUIS, « La prévention générale : limites et possibilités », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 73. V. également BECCARIA *Des délits et des peines*, trad. Dufey, Dalibon, Libraire, Palais royal, Paris, 1811, § V : « Voulez-vous prévenir les délits ? Faites que les lois soient claires et simples, que toute la force de la nation soit exclusivement employée à en garantir l'exécution ; et dès lors, aucune partie n'en sera employée à les détruire. »

[795] A.C. BERGHUIS, art. préc.

pour renforcer l'effectivité de l'effet dissuasif des sanctions pénales, de ne retenir que *des incriminations claires et précises (section 1).*

482. Toutefois, une réforme du champ pénal dans les contrats de consommation n'est pas suffisant à redonner une légitimité à la pénalisation des comportements et d'entraîner une acceptation de la règle par les professionnels. Il faut encore que l'effet dissuasif des sanctions pénales s'exerce au-delà du seul effet moral que l'incrimination des comportements opère. La menace de la sanction doit être suffisamment intimidante pour que les personnes qui n'ont pas intégré la règle sanctionnée dans leur système de valeur, choisissent rationnellement de la respecter parce que la sanction encourue priverait la violation de la loi de tout intérêt. Ainsi, l'efficacité de la fonction dissuasive des sanctions pénales dépend également de *l'adéquation de la sanction à l'objectif dissuasif recherché (section 2).*

Section 1. Des incriminations claires et précises

483. La majorité des obligations imposées aux professionnels le sont sous peine de sanctions pénales[796]. En raison du risque d'arbitraire et parce qu'elles limitent l'exercice des libertés individuelles, la définition des infractions pénales et des sanctions encourues répond à des exigences spécifiques qui leurs sont attachées. Elle doit respecter le principe de légalité criminelle. Ce principe, exprimé par la maxime « *nullen crimen, nulla poena, sine lege* », est un principe du droit criminel moderne. Les idées politiques des philosophes des Lumières, tel Montesquieu, ont favorisé son émergence[797]. La formulation qu'en a faite Beccaria, dans son *Traité des délits et des peines* de 1764 est restée célèbre[798]. Il permet de lutter contre l'arbitraire en confiant à la Volonté Générale, exprimée au travers de la loi, le monopole de la définition des comportements qui constituent une infraction pénale et des sanctions qui y sont attachées. Il participe également à la politique criminelle parce que, dans ces conditions, « la loi remplit une

[796] Voir *supra* n[os] 362 à 405.
[797] BECCARIA, *op. cit.*
[798] « Seules les lois peuvent fixer les peines qui correspondent aux délits, ce pouvoir ne pouvant être détenu que par le législateur qui réunit toute la société réunie par un contrat social. »

fonction intimidante et en une certaine mesure un rôle éducatif »[799]. Depuis, le principe de légalité des délits et des peines est devenu la « clef de voute du droit criminel »[800], exprimé tant au niveau légal[801], conventionnel[802], que constitutionnel[803].

484. Le principe de légalité criminelle est, à l'origine, l'expression d'une exigence formelle. Les infractions pénales ne peuvent être créées que par le législateur, au moyen de la loi, expression de la volonté générale. Mais, depuis le début du XX^{ème} siècle, les exigences formelles attachées au principe de légalité criminelle se sont affaiblies[804] au profit d'exigences matérielles se rattachant à la qualité des dispositions définissant les infractions pénales et leur sanction. Ainsi, le Conseil constitutionnel a jugé que les textes d'incrimination doivent être suffisamment clairs et précis[805] et doivent permettre une détermination certaine de l'auteur de l'infraction[806]. La Cour européenne des droits de l'Homme confirme ces exigences dérivées du principe de la légalité criminelle énoncé à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme[807]. Ces garanties sont destinées à améliorer la lisibilité des textes pénaux et de ce fait, elles induisent une meilleure connaissance des infractions et des sanctions par les citoyens et renforce par là même l'effectivité du principe de légalité des délits et des peines. En dehors du champ pénal, certaines exigences relatives à la qualité de la loi pénale s'imposent au législateur.

[799] J. PRADEL, *op. cit*, n° 129.
[800] J. PRADEL, *op. cit*., n° 128.
[801] Art. 111-3 C. pén.
[802] Art. 7 Conv. EDH,
[803] Art. 7 et 8 Déclaration des Droits de l'Homme et du citoyen de 1789.
[804] La loi n'est plus la seule source créatrice d'infractions pénales. La multiplication des délégations de pouvoirs, sous la forme de décret-loi au cours des III^{ème} et IV^{ème} République, et, actuellement, sous la forme d'ordonnances de l'article 16 et de l'article 38 de la constitution de 1958, donnent de fait un rôle important au pouvoir exécutif dans la définition des infractions et des pénalités. De nombreuses lois, protectrices des intérêts des consommateurs et établissant des infractions pénales, ont été adoptées par voie d'ordonnances En outre, depuis 1958, la définition des infractions et des peines n'est plus de la compétence exclusive du législateur. L'article 35 de la constitution de 1958 confie au pouvoir exécutif le soin de définir une partie des infractions : les contraventions. Enfin, sous l'influence de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme, la conception même de la loi a évoluée. Afin de concilier les systèmes de *common law* et les systèmes de droit écrit, elle retient une conception très extensive de la loi, qui inclut les solutions jurisprudentielles, lorsqu'elle vérifie la conformité de la législation d'un Etat au regard du principe de légalité criminelle.
[805] Cons. Const., 20 janvier 1981, DC n° 80-127. La solution est reprise par la Cour de cassation Crim., 1er février 1990, pourvoi n° 98-80.673 ; *Bull. crim*., n° 56.
[806] Cons. Const., 11 octobre 1984, DC n° 84-181.
[807] Cour EDH, arrêt du 25 mai 1993, *Kokinakis c. Grèce* ; *Gaz. Pal.*, 2002, n° 37, p. 12, note A. GARAY.

Ainsi, le Conseil constitutionnel a reconnu l'existence d'un « objectif à valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi »[808].

485. En droit de la consommation, les droits substantiels découlant du principe de légalité criminelle devraient améliorer, du moins lorsque le comportement sanctionné est une infraction pénale[809], la connaissance qu'ont les professionnels des comportements sanctionnés et de leur sanction, ainsi que le rôle d'intimidation que la loi exerce sur les individus. Mais, tant la Cour européenne de droits de l'Homme que le Conseil constitutionnel retiennent une conception large de l'intelligibilité de la loi. La Cour européenne des droits de l'Homme a jugé que « cette condition est remplie lorsque le justiciable peut savoir à partir du libellé de la disposition pertinente, et au besoin son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité »[810]. La jurisprudence du Conseil constitutionnel semble s'inscrire dans ce courant tendant à valider des incriminations parfois vagues ou confuses[811]. L'étude des obligations mises à la charge des professionnels lorsqu'ils contractent avec des particuliers révèle *des insuffisances dans la définition des comportements sanctionnées et des sanctions encourues (§1).* Ces difficultés *imposent une refonte du droit pénal de la consommation (§2).*

§1. Les insuffisances dans la définition des comportements prohibés et des sanctions encourues

486. Actuellement, la lisibilité du droit de la consommation n'est pas assurée en raison de l'instabilité législative qui touche cette matière et, plus encore, de la technique employée pour adopter la législation consumériste. Le législateur adopte des dispositions, domaine par domaine, parfois en intégrant purement et simplement des dispositions issues

[808] Cons. Const., 21 avril 2005, DC n° 2005-512.
[809] Une grande majorité des comportements sanctionnés constituant une infraction pénale (v. *supra* n° 362 et s.), les exigences du principe de légalité criminelle s'appliquent donc massivement aux définitions des comportements sanctionnés dans les contrats de consommation. En outre, lorsqu'une sanction exerce une fonction principalement dissuasive, la Cour européenne des droits de l'Homme tend à la qualifier de matière pénale (v. *infra* n° 334 et s.), et à appliquer les garanties du principe de légalité criminelle, exprimé à l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme, à la définition du comportement prohibé et à sa sanction.
[810] Cour EDH, arrêt du 25 mai 1993, *Kokinakis c. Grèce*, § 52.
[811] V. pourtant, la décision récente en matière de harcèlement sexuel.

des directives communautaires, sans réflexion d'ensemble qui tendrait à apporter une certaine cohérence et à faire émerger un réel droit de la consommation[812]. La conformité du droit pénal de la consommation au principe de légalité criminelle est douteuse[813]. D'une part, *une définition imprécise et complexe des comportements prohibés et des sanctions encourues (A)*, et d'autre part, *une multiplication des concours de qualifications (B)*, qui s'opposent l'un et l'autre à la connaissance par les professionnels des obligations qui pèsent sur eux et à l'effet dissuasif que doit exercer l'incrimination sur les destinataires de la norme.

A. La définition imprécise et complexe des comportements prohibés et des sanctions encourues

487. La définition des comportements prohibés est souvent *imprécise et incohérente (1)*. Les difficultés de compréhension des textes définissant les comportements prohibés des professionnels et leur sanction sont accrues par *la complexité des méthodes d'incrimination par renvoi ou de pénalité par référence (2)*, employées massivement par le législateur en droit de la consommation.

1. L'imprécision et l'incohérence des textes

488. Malgré l'affirmation du principe de la légalité criminelle, la définition de l'acte matériel incriminé est souvent floue, imprécise. La volonté d'appréhender un maximum de comportements des professionnels susceptibles de causer un préjudice aux consommateurs entraîne une définition extensive et donc imprécise des comportements incriminés, avec l'emploi d'adverbe tel que « notamment » qui laisse une marge de manœuvre importante au juge dans la définition des comportements pénalement sanctionnés. Ces incriminations, qui ne définissent pas avec précision les comportements pénalement sanctionnés, sont qualifiées par la doctrine d'incrimination de « type ouvert »[814].

[812] Y PICOD, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *CCC*, 2008, Etude n° 12.
[813] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris : LGDJ, 2000, n^{os} 233 et s.
[814] J. PRADEL, *op. cit.*, n° 140.

489. En droit de la consommation, le législateur adopte de nombreuses incriminations de type ouvert. Les comportements incriminés sont définis le plus souvent par le résultat redouté, tel que l'atteinte à la liberté du consentement, plutôt que par l'acte matériel qui provoque ce résultat. Cette tendance se confirme actuellement avec l'introduction de deux nouvelles infractions par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, modifiée peu après par la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 : les pratiques commerciales trompeuses et les pratiques commerciales agressives.

490. D'abord, la notion de pratique commerciale, pourtant au cœur de la définition de ces infractions, n'est pas définie par les textes d'incrimination. Il faut se référer aux dispositions de l'article 2 d) de la directive communautaire n° 2005/29/CE relative aux pratiques commerciales des professionnels vis-à-vis des consommateurs pour avoir une définition de cette notion. Les pratiques commerciales sont « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité et le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ». Aucune restriction ne semble alors possible quant aux comportements des professionnels susceptibles d'être qualifiés de pratique commerciale trompeuse ou de pratique commerciale agressive. Tant elle recouvre de pratiques des professionnels vis-à-vis des consommateurs, elle a été qualifiée « d'auberge espagnole du droit de la consommation »[815].

491. Ensuite, les textes d'incrimination ne précisent que succinctement les comportements, parmi les pratiques commerciales des professionnels, qui présentent un caractère trompeur ou déloyal. La pratique est trompeuse lorsqu'« elle crée une confusion », « repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur », ou « lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ». Cette imprécision n'est pas gênante parce que la tromperie est une figure récurrente du droit pénal[816]. Concernant les pratiques commerciales agressives, l'élément matériel est défini avec un peu plus de précision par l'article L. 122-11 du Code de la consommation. Cependant, il existe des

[815] C. AMBROISE-CASTEROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ pénal*, 2009, p. 22.
[816] Elle se retrouve par exemple dans des infractions déjà ancienne comme l'escroquerie incriminée par l'article 313-1 du Code pénal ou la tromperie incriminée à l'article L. 213-1 du Code de la consommation.

incohérences dans la rédaction du texte résultant de l'incrimination en deux temps opéré par le législateur. Ainsi, le caractère agressif de la pratique, selon les dispositions de l'article L. 122-11 du Code de la consommation, se caractérise par des « sollicitations répétées et insistantes » ou par « l'usage d'une contrainte physique ou morale », tandis que les dispositions de l'alinéa deux du même article précisent les éléments à prendre en considération pour savoir si « une pratique commerciale recourt au harcèlement, à la contrainte, y compris la force physique ». Cette différence de terminologie révèle le peu d'attention du législateur dans la définition des comportements prohibés. Enfin, la volonté d'appréhender le maximum de comportements ressort du caractère formel des infractions définies : le comportement consomme l'infraction dès qu'il est « de nature à » causer le dommage. En conséquence, les pratiques commerciales trompeuses et agressives sont définies très largement, avec une grande imprécision[817]. C'est pourquoi, la Cour de cassation, quand elle précise la définition de ces infractions, se réfère à l'article L. 120-1 du Code de la consommation, dont la violation n'est pourtant pas sanctionnée pénalement, et qui définit de manière générale les pratiques commerciales déloyales[818].

492. Les constatations faites à propos des pratiques commerciales trompeuses et des pratiques commerciales agressives ne sont malheureusement pas isolées. De nombreuses infractions dans les contrats de consommation sont définies de manière tellement large, avec pour principal élément la définition du résultat redouté, qu'il est difficile de prévoir si un comportement entre sous le coup de la loi pénale, et donc s'il est sanctionné pénalement. Aussi, le rapport de 2008 sur la dépénalisation de la vie des affaires propose une nouvelle rédaction de l'infraction de tromperie[819]. En outre, ce constat n'est pas réservé aux comportements sanctionnés pénalement. Par exemple, la définition des clauses abusives est également complexe, voire incohérente. A ce sujet, M[me] Rzepecki

[817] C. AMBROISE-CASTEROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ pénal*, 2009, p. 22 : « L'article L. 121-1 est d'une longueur et d'une lourdeur impressionnantes, sans pour autant parvenir à définir ce que sont ces fameuses pratiques commerciales trompeuses », il dresse « un tableau répressif aussi dense que confus ». S. FOURNIER, « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. Pén.* 2008 » n° 4, Etude, n° 9 : « concept flou, susceptibles d'interprétations diverses » ; A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON ET R. SALOMON, *op. cit.*, n° 1250, n° 1262, et n° 1273.

[818] Civ. 1[ère], 15 décembre 2009, pourvoi n° 09-83.059 ; *Bull. civ. I* ; *RDC*, 2010, p. 872, note D. FENOUILLET – Civ. 1[ère], 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-27.402 ; *Bull. civ. I* ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 53-53, p. 19, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RDC*, 2012, p. 485, note D. FENOUILLET.

[819] J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires : Rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*. Paris : La documentation française, 2008.

soulignait, qu' « il ne faut pas hésiter à parler d'incohérences lorsque des clauses insérées dans l'annexe, donc à ce titre seulement susceptibles d'être déclarées abusives[820], ont déjà fait l'objet d'une interdiction par décret. Il y a de quoi décourager tout professionnel désireux de connaître l'état du droit en matière de clauses abusives. En outre, la loi l'emportant en principe sur le décret, un professionnel pourrait faire valoir en justice que le consommateur a l'obligation d'apporter la preuve du caractère abusif de ces clauses doublons »[821].

493. Cette définition large et imprécise des comportements s'oppose à l'efficacité dissuasive des sanctions. Pourtant, ce n'est pas le seul obstacle à la compréhension par les professionnels des comportements prohibés et des sanctions encourues. La difficulté résulte principalement de la méthode d'incrimination généralement pratiquée par le législateur.

2. La complexité des incriminations par renvoi et des pénalités par référence

494. Dans la définition des comportements prohibés et des sanctions qui leurs sont attachées, le législateur procède parfois par renvoi à un autre texte dans lequel est défini l'infraction ou sont mentionnés les sanctions pénales. Le Conseil constitutionnel a décidé que la technique de l'incrimination par renvoi était conforme aux exigences matérielles du principe de la légalité criminelle, même lorsque la loi définit le comportement pénalement sanctionné par renvoi à la violation d'une disposition règlementaire, ou d'une obligation conventionnelle. Pourtant, l'utilisation des renvois ne permet pas toujours d'assurer la clarté et la précision des textes d'incrimination. L'utilisation des techniques législatives d'incrimination par renvoi et de pénalité par référence est très fréquente en droit de la consommation (a), bien que cette manière d'incriminer nuise à la connaissance et à la compréhension des comportements prohibés, et par là, qu'elle soit néfaste à l'effet dissuasif attendu de la sanction ainsi prévue (b).

[820] L'auteur se réfère à la législation antérieure à la loi n° 2008-776 du 4 août 2008, mais la remarque est toujours vraie au regard des clauses qui figurent dans la « liste grise » et dans la « liste noire ».
[821] N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*, Aix-en-Provence : PUAM, 2002, n° 188.

a. L'étendue des incriminations par renvoi et des pénalités par référence

495. Les incriminations sont dites par renvoi lorsque le texte qui prévoit le comportement prohibé sous peine de sanctions pénales ne le définit pas positivement, mais renvoie à un autre texte. L'infraction consiste en la violation de ce texte et son élément matériel n'est pas clairement défini. Il faut, pour le connaître, procéder à une interprétation *a contrario* du texte auquel il est renvoyé. Cette méthode d'incrimination est généralement utilisée par le législateur pour la sanction des législations et des règlementations techniques. Les obligations qui doivent être respectées sont détaillées dans un ou plusieurs textes. L'infraction est définie comme la violation d'un de ces textes.

496. Ce procédé est couramment utilisé en droit de la consommation. Ainsi, l'article L. 121-14 du Code de la consommation incrimine la violation des dispositions des articles L. 121-8 à L. 121-12 de ce même code relatives à la publicité comparative, l'article L. 121-28 incrimine la violation des dispositions des articles L. 121-23 à L. 121-26 relatives au démarchage à domicile, l'article L. 214-2 du Code de la consommation incrimine « les infractions aux décrets en Conseil d'Etat, pris en vertu des articles L. 214-1, L. 215-1 dernier alinéa, et L. 215-4 », *etc.*[822]… L'article L. 214-2 du Code de la consommation renvoie donc, à de très nombreuses et très diverses règlementations, auxquelles il faut se référer pour connaître les éléments constitutifs de chacune de ces infractions, qui sont toutes incriminées par le même texte. Outre les décrets en Conseil d'Etat pris en application de l'article L. 214-1 du Code de la consommation, les nombreux règlements communautaires qui ont le même objet sont des mesures d'application au sens de l'article L. 214-1 du Code de la consommation et leur violation consomme l'infraction[823].

[822] L'utilisation de l'incrimination par renvoi est très large et touche de nombreuses règlementations applicables aux contrats de consommation. Voir également, dans le Code de la consommation : article L. 121-15-3 pour l'incrimination de la violation des dispositions relatives à la publicité, articles R. 121-1 et R. 121-1-1 pour l'incrimination de la violation de la législation concernant les contrats conclus à distance, article L. 121-41 pour l'incrimination de la violation des dispositions du Code de la consommation relatives aux loteries publicitaires, article L. 121-82 pour la violation des dispositions relatives à l'appellation de boulanger, article L. 122-8 pour l'incrimination de la violation des dispositions encadrant la vente « à la boule de neige », articles R. 211-3 et R. 211-5 pour l'incrimination de la violation des dispositions relatives à la garantie commerciale, articles L. 311-34 et L. 311-36 pour l'incrimination des dispositions encadrant le crédit à la consommation, articles L. 312-32 et L. 312-33 pour l'incrimination de la violation des dispositions encadrant le crédit immobilier, article L. 313-14-2 pour l'incrimination de la violation des dispositions au crédit garanti par une hypothèque rechargeable.

[823] Art. L. 214-3 C. consom.

497. Il est à noter toutefois que, rompant en partie avec les habitudes prises en la matière, le législateur a opéré différemment pour l'incrimination des infractions dans le domaine des contrats de consommation de fourniture de gaz naturel ou d'électricité. Après la libéralisation des marchés du gaz et de l'électricité en France, il est tout de suite apparu que les contrats de consommation ayant l'un ou l'autre de ces objets devaient faire l'objet d'un encadrement spécifique[824]. Le législateur, pour incriminer les comportements contraires à ces dispositions n'a pas recouru complètement à la technique de l'incrimination par renvoi, mais a défini positivement les comportements incriminés aux articles R. 121-14 à R. 121-21 du Code de la consommation. Des références aux articles imposant l'obligation ainsi sanctionnée subsistent tout de même. Par exemple, l'article R. 121-14 du Code de la consommation incrimine « le fait de ne pas mentionner dans l'offre de fourniture d'électricité ou de gaz naturel les informations mentionnées à l'article L. 121-87 ». Ainsi, l'élément matériel est défini en partie dans l'article d'incrimination « ne pas mentionner » et en partie dans le texte qui définit l'obligation mise à la charge du professionnel « les informations mentionnées à l'article L. 121-87 ».

498. Le législateur, lorsqu'il incrimine des comportements, utilise parfois une autre technique, proche de l'incrimination par renvoi, appelée « pénalité par référence ». Dans, cette hypothèse, le comportement prohibé est défini dans le texte d'incrimination, mais il est fait référence aux peines applicables à une autre infraction pour la détermination des peines applicables à ce comportement prohibé. Ce n'est plus la définition de l'infraction qui est absente du texte d'incrimination, mais les sanctions encourues par le responsable[825].

499. Concernant les infractions qui naissent à l'occasion de la conclusion d'un contrat de consommation, le législateur utilise souvent la technique de la pénalité par référence pour la détermination des peines encourues par le responsable. Ainsi, les peines applicables à la tromperie, soit deux ans d'emprisonnement et 37 500 euros d'amende,

[824] Articles L. 121-86 à L. 121-94 du Code de la consommation.

[825] Il se peut que le législateur combine, dans un seul et même texte, l'incrimination par renvoi et la pénalité par référence. Dans ce cas, ni le comportement prohibé, ni les sanctions encourues, n'apparaissent directement dans le texte d'incrimination. Par exemple, l'article L. 121-14 renvoie aux articles L. 121-8 à L. 121-12 pour la définition des comportements prohibés, et fait référence aux peines des articles L. 121-1 à L. 121-7 du Code de la consommation, d'une part, et L. 716-9 et L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle, d'autre part.

prévues à l'article L. 213-1 du Code de la consommation, sont visées à de nombreuses reprises, directement ou indirectement, par les textes d'incrimination d'autres infractions, de nature très diverses, qui peuvent être commises à l'occasion d'un contrat de consommation. Ces peines sont encourues pour les infractions définies à l'article L. 115-30 du Code de la consommation relatives à la certification des produits autres qu'alimentaires, pour l'infraction de pratiques commerciales trompeuses définie aux articles L.121-1 et suivants du Code de la consommation, et donc pour les infractions de publicité comparative illicite, pour lesquelles l'article L. 121-14 du Code de la consommation fait référence aux peines prévues par les articles L. 121-1 à L. 121-7 du Code de la consommation relatifs aux pratiques commerciales trompeuses…

b. Les difficultés posées par ces méthodes d'incrimination

500. L'utilisation de l'incrimination par renvoi et de la pénalité par référence rend la lecture des dispositions ardue[826]. Il faut se référer à de nombreux articles pour déterminer le contenu normatif d'un seul et même article. Un exemple est particulièrement frappant. L'article L. 121-14 du Code de la consommation dispose : « sans préjudice de l'application de l'article 1382 du Code civil, les infractions aux dispositions des articles L. 121-8 à L. 121-12 sont, le cas échéant, punies des peines prévues, d'une part, aux articles L. 121-1 à L. 121-7 et, d'autre part, aux articles L. 716-9 et L. 716-12 du code de la propriété intellectuelle. ». *A priori*, pour saisir le contenu normatif de cet article[827], et en laissant de côté l'un des articles les plus célèbres du Code civil dont le contenu est connu de mémoire, il faut se référer, au minimum, à cinq articles pour connaître les comportements prohibés, et à neuf articles pour déterminer les peines encourues[828], soit, au total, quatorze articles. Mais, l'utilisation de ces méthodes ne rend pas seulement la

[826] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON ET R. SALOMON, *op. cit.*, n° 1346 : « Cette façon d'incriminer par envoi, fréquente en droit pénal de la consommation, présente l'inconvénient d'obliger à un va et viens constant entre le texte d'incrimination qui prévoit la sanction pénale et ceux auxquels ils renvoient, lesquels n'ont pas toujours été conçus avec la rigueur qui devrait présider à la description des éléments constitutifs d'une infraction ».

[827] Dans les développements qui vont suivre, l'article L. 121-14 du Code de la consommation servira de principale illustration aux difficultés engendrées par les incriminations par renvoi et les pénalités par références, parce que, à lui seul, il cumule l'ensemble des problèmes. Cependant, cet exemple est loin d'être isolé, v. *supra* n° 495 et 498, et les difficultés relevées dans la détermination des comportements prohibés et de leurs sanctions sont générales au droit de la consommation.

[828] Il est fréquent que les articles concernant la détermination des peines encourues fassent références à d'autres articles, et ainsi de suite. La lecture devient un véritable casse-tête, et il est possible d'oublier l'infraction originelle en chemin.

lecture de ces normes complexes, elles rendent incertaines la détermination de la responsabilité pénale mise en cause, et celle des peines encourues.

α. La détermination incertaine de la responsabilité pénale

501. La technique de l'incrimination par renvoi rend difficile la détermination de la responsabilité pénale. La plupart du temps, les textes visés par le texte d'incrimination définissent le comportement positif qui doit être respecté par le professionnel. La connaissance de l'acte incriminé nécessite donc une interprétation *a contrario*. L'infraction pénale consiste dans le fait de ne pas respecter le texte visé. Mais l'interprétation *a contrario* peut parfois conduire à des absurdités. Ainsi, dans le domaine de la législation du démarchage à domicile, l'article L. 121-28 du Code de la consommation incrimine les infractions aux articles L. 121-23 à L. 121-26 de ce même code. L'article L. 121-25 alinéa 3, dispose que : « Le présent article ne s'applique pas aux contrats conclus dans les conditions prévues à l'article L. 121-27 ». Alors, lorsque le contrat est conclu à la suite d'un démarchage par téléphone ou par tout moyen technique assimilable, le consommateur ne bénéficie pas du délai de réflexion de sept jours prévu à l'article L. 121-25 du Code de la consommation. La combinaison de ces textes amènerait à conclure que le fait d'accorder un délai de réflexion de sept jours au consommateur (article L. 121-25), lorsque le démarchage a eu lieu par téléphone ou tout moyen technique assimilé (article L. 121-27), consomme l'infraction pénale et est puni d'une peine d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 3 750 euros ou de l'une de ces deux peines seulement (article L. 121-28). Cette interprétation ne peut bien évidemment être soutenue, d'autant plus que les dispositions relatives aux contrats conclus à distance applicables dans cette hypothèse accordent un délai de rétractation de sept jours à compter de la réception du bien ou de l'acceptation de l'offre pour une prestation de service. L'inobservation des dispositions permettant d'assurer l'effectivité de ce droit de rétractation est incriminée par l'article R. 121-1-2 et constitue une contravention de cinquième classe.

502. Plus généralement, l'incrimination par renvoi est un obstacle à la connaissance de la responsabilité pénale, parce que les textes auxquels il est renvoyé ne définissent pas un comportement humain dont il est nécessaire de se conformer. Ils fixent les conditions dans lesquelles, telle pratique commerciale, telle offre, tel contrat est licite et conforme au droit de la consommation. Il est, dès lors, complexe, d'en déduire le comportement qui

consomme l'infraction et d'identifier les personnes sur qui, le cas échéant, pèse la responsabilité pénale. Par exemple, les articles L. 121-8 et L. 121-9 du Code de la consommation, dont la violation est incriminée à l'article L. 121-14, prévoient les conditions de la licéité de la publicité comparative. Le premier article décrit les qualités qu'elle doit présenter, le second, les éléments qu'elle ne doit pas contenir. Dans les deux cas, le sujet des dispositions contenues dans ces articles est la « publicité »[829]. A aucun moment, il n'est fait référence à un comportement humain qui pourrait constituer l'infraction. L'infraction est alors constituée lorsque, par exemple, elle ne porte pas sur des biens ou services répondant aux mêmes besoins ou ayant le même objectif. Mais, avec cette définition de l'infraction, l'élément matériel de l'infraction, et par conséquent le responsable reste inconnu. S'agit-il de commander la publicité, de la concevoir, de la diffuser, d'héberger le site internet d'une société qui y diffuse une publicité comparative illicite ? La réponse est *a priori* inconnue et c'est au cas par cas que les tribunaux doivent trancher sur la responsabilité pénale.

β. La détermination des peines encourues

503. Lorsque le législateur emploie la technique de la pénalité par référence, certains articles auxquels il est fait référence ne contiennent aucune peine. La question est alors de savoir quels sont les éléments à prendre en compte. L'article L. 121-14 et ses neufs articles visés offre un bon panorama des problèmes que soulèvent cette méthode d'incrimination.

504. Sur la multitude des articles visés, tous ne contiennent pas de peines, ce qui soulève des interrogations sur la portée de la référence à ces articles. Le premier article visé est l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Il définit longuement les pratiques commerciales trompeuses et ne prévoit aucune pénalité. L'article suivant, L. 121-1-1[830], ajoute des éléments de définition des pratiques commerciales trompeuses et ne contient également aucune pénalité. Il est clair que lorsque les articles auxquels il est fait référence définissent d'autres infractions pénales, alors, aucune information pertinente ne

[829] La rédaction en devient parfois curieuse parce qu'il est interdit à la publicité de « tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque » (article L. 121-9 1°).
[830] Cet article n'était pas inclus dans le décompte sommaire des neufs articles à consulter pour déterminer les peines applicables.

peut en être dégagée pour déterminer les peines de l'infraction définie à l'article L. 121-14 du Code de la consommation.

505. L'article L. 121-2 précise les pouvoirs d'enquête de la DGCCRF en cas de pratique commerciale trompeuse supposée. Dans le même ordre d'idée, l'article L. 121-7 du Code de la consommation précise les pouvoirs du tribunal. Il peut demander à l'annonceur de lui fournir tous documents utiles. La référence à ces articles amène à se demander si la DGCCRF, au cours de l'enquête, et le tribunal, avant le jugement, possèdent les mêmes pouvoirs en matière de pratiques commerciales trompeuses et de publicités comparatives illicites.

506. L'article L. 121-3 soulève encore plus d'interrogation. La cessation de la pratique commerciale y est prévue. Mais c'est une mesure qui peut être prononcée par le juge d'instruction, avant toute déclaration éventuelle de culpabilité. Cette mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe. Au vue de ces éléments, il semble que cette mesure ne constitue pas une peine, mais une mesure de sureté[831]. Cependant, la distinction entre peine et mesure de sureté n'est pas clairement établie par le législateur. Si une déclaration de culpabilité est prononcée, la mesure se poursuit, et le coupable ne peut pas reprendre la pratique commerciale trompeuse. La mesure est donc une peine qui trouve sa justification dans une décision sur la culpabilité ultérieure. En revanche, s'il n'y a pas de déclaration de culpabilité, la mesure ne peut pas être qualifiée de peine en l'absence de responsabilité pénale. Elle cesse de produire des effets et le prévenu pourra reprendre cette pratique par la suite. La nature de cette sanction a une importance capitale pour la détermination des peines encourues en cas de publicité comparative illicite. Si cette mesure est une peine, alors elle pourra être prononcée à l'encontre des auteurs de publicité comparative illicite, au titre des peines prévues par l'article L. 121-3. A l'inverse, si cette mesure n'est pas une peine, elle ne pourra pas être appliquée, même pendant la période d'instruction.

507. L'article L. 121-5 définit la notion de personne responsable du délit de pratique commerciale trompeuse et précise l'application de la loi pénale dans l'espace,

[831] Sur la distinction des peines et des mesures de sûretés v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel : 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général.* 7ème éd., Paris : Cujas, 1997, nos 587 et s.

relativement aux infractions de pratiques commerciales trompeuses. Même si les dispositions incriminant les infractions de publicités comparatives illicites ne permettent pas d'identifier avec précision le responsable sur un plan pénal, les solutions dégagées par l'article L. 121-5 du Code de la consommation ne devraient pas être transposées parce que l'article L. 122-14 ne renvoie à l'article L. 121-5 que pour la détermination des peines et non pour la détermination du responsable. Toutefois, cet emprunt serait opportun car il permettrait de pallier les insuffisances des textes définissant les infractions de publicités comparatives illicites.

508. Finalement, seuls deux des articles du Code de la consommation visés font effectivement référence, directement ou indirectement, à des peines. D'abord, l'article L. 121-6 du Code de la consommation fait référence aux peines de l'article L. 213-2 du même code, pour la définition des peines encourues en cas de pratique commerciale trompeuse. Il faut donc se référer à un article supplémentaire pour connaitre les peines applicables aux infractions de publicités comparatives illicites. Les peines prévues à cet article sont un emprisonnement de deux ans et une amende de 37 500 euros. Ensuite, l'article L. 121-4 définit les peines complémentaires applicables à l'infraction de pratiques commerciales trompeuses et donc, par le jeu des références, applicables aux délits de publicité comparative illicite. D'une part, une peine automatique est prévue : la publication du jugement de condamnation[832]. D'autre part, une peine complémentaire est possible : la diffusion aux frais du condamné d'une annonce rectificative. La disposition prévoyant l'obligation pour le magistrat de prononcer la publication du jugement, le caractère automatique devrait subsister pour la sanction d'une publicité comparative illicite.

509. En outre, la connaissance des sanctions encourues nécessite de se référer aux articles L. 716-9 et L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle. Le premier article contient deux séries de peines principales différentes. D'abord, il fait référence à une peine de quatre ans d'emprisonnement et de 400 000 euros d'amende pour les infractions définies à cet article. L'alinéa 2 porte les sanctions à cinq ans d'emprisonnement et 500 000 euros d'amende lorsque ces infractions sont aggravées. L'article L. 121-14 du Code de la consommation en faisant référence aux peines prévues par l'article L. 716-9

[832] Sur la conformité du caractère automatique de la sanction à la constitution v. *infra* n° 544.

du Code de la propriété intellectuelle vise-il les peines principales ou les peines aggravées ? La réponse à cette question n'a que peu d'intérêt pratique parce que l'article L. 716-12 du Code de la propriété intellectuelle dispose qu'en cas de récidive des infractions définies aux articles L. 716-9 à L.716-11, les peines sont portées au double. Dès lors, ces peines sont applicables aux infractions de publicité comparative illicite, soit huit ans d'emprisonnement et 800 000 euros d'amende. Cet article contient en outre une peine complémentaire qui devrait s'appliquer aux personnes coupable de l'infraction de pratique commerciale illicite : la privation du droit d'élection et d'éligibilité aux tribunaux de commerce, chambres de commerce et d'industrie territoriales et chambres de métiers, ainsi qu'aux conseils de prud'hommes.

510. Une autre difficulté induite par cette méthode de renvoi concerne les peines complémentaires applicables dans cette hypothèse. La question se pose par exemple lorsque le texte fait référence aux peines de l'article L. 213-1 du Code de la consommation. Au titre des peines complémentaires directement prévues par l'un des textes visés pour la définition des peines applicables à l'infraction de publicité comparative illicite, figurent seulement la publication de la décision, la publication d'une annonce rectificative aux frais du condamné[833] et la privation du droit d'élection et d'éligibilité aux tribunaux de commerce, chambres de commerce et d'industrie territoriales et chambres de métiers, ainsi qu'aux conseils de prud'hommes. La référence – indirecte – à l'article L. 213-1 du Code de la consommation impose-t-elle de rechercher, outre les peines directement prévues à cette article, les peines complémentaire du délit de tromperie qui y est défini et notamment l'affichage de la décision de jugement prévue à l'article L. 216-3 du Code de la consommation ? C'est ce raisonnement que la Cour d'appel de Versailles a vraisemblablement tenu dans un arrêt du 11 décembre 2009. Elle avait déclaré une personne coupable du délit de pratique commerciale trompeuse (dont les peines sont définies par renvoie à l'article L. 213-1 du Code de la consommation) et l'avait condamné à l'affichage de la décision de jugement. Dans un arrêt du 16 novembre 2010, la Cour de cassation a censuré cette décision au motif que cette peine complémentaire n'est pas prévue par un texte de loi lorsque le délit est commis par une

[833] Article L. 121-4 du Code de la consommation.

personne physique[834]. Ce même arrêt retient la solution inverse lorsque le délit est commis par une personne morale. Cette différence de traitement s'explique par le fait que l'article 131-39 du Code pénal définit les sanctions applicables aux personnes morales, dont fait partie l'affichage de la diffusion. Lorsque le texte d'incrimination ne précise rien, toutes les peines de l'article 131-39 sont applicables. Il faut retenir de cette décision que lorsqu'un texte se réfère à un autre texte pour la définition des peines encourues, seules les peines expressément mentionnées dans l'article qui est visé doivent être retenues à l'exception des autres contenues dans des dispositions également applicable à l'infraction à laquelle il est renvoyé.

511. Il est possible de trouver des explications à ces nombreuses références, allant d'une rédaction hâtive des textes aux intérêts protégés par l'infraction. La rédaction hâtive est manifeste dès lors que certains des textes auxquels il est fait référence ne mentionnent ni de près, ni de loin, une quelconque pénalité. Les intérêts protégés par l'incrimination des publicités comparatives illicites expliquent cette double référence aux dispositions du Code de la consommation et à celles du Code de la propriété industrielle. D'une part, tout comme les dispositions interdisant les pratiques commerciales trompeuses, l'encadrement des publicités comparatives tend, le cas échéant, à protéger le consentement des consommateurs confrontés à ces pratiques, en garantissant un minimum de loyauté dans les informations que leurs font parvenir les professionnels par le biais de la publicité. En ce sens, une publicité comparative illicite s'apparente à une pratique commerciale trompeuse. D'ailleurs, l'une des qualités requise pour la licéité de la publicité comparative est qu'elle ne soit pas trompeuse ou mensongère[835]. C'est pourquoi, l'article L. 121-14 fait référence aux articles L. 121-1 à L. 121-7 relatifs aux pratiques commerciales trompeuses. D'autre part, l'encadrement des publicités comparatives protège également les concurrents mentionnés dans de telles publicités. C'est d'ailleurs l'objectif premier de cette législation. Cette dernière évite les dénigrements, les allégations mensongères, qu'un professionnel pourrait tenir sur son concurrent ainsi que l'appropriation des qualités véhiculées par ses produits. Elle protège la marque, tout comme les infractions de contrefaçon définies à l'article L. 716-9 du Code des propriétés

[834] Crim., 16 novembre 2010, pourvoi n° 10-80.749, Inédit.
[835] Article L. 121-8 1° du Code de la consommation.

intellectuelles. Cependant, ces explications ne justifient pas cette pratique qui rend, dans la majorité des cas, les dispositions illisibles et la sanction encourue méconnaissable.

512. Finalement, l'étude d'un seul article du Code de la consommation permet d'aborder les problèmes induits par la pénalité par référence en ce qui concerne la lisibilité de la sanction. Les réponses aux problèmes posés sont parfois douteuses. Il est peu probable que les professionnels, destinataires de la norme aient vraiment conscience des risques encourus compte tenu de cette rédaction hasardeuse. Malheureusement, cet exemple n'est pas isolé et ce constat ne se limite pas aux seules définitions des sanctions pénales même si, en la matière, cette illisibilité est encore plus frappante en raison de l'exigence de précision et de clarté des textes d'incrimination.

B. La multiplication des concours de qualifications pénales

513. Il existe un concours de qualifications lorsqu'un même comportement, une même situation de fait, est susceptible de plusieurs qualifications juridiques. Les hypothèses de concours de qualifications se développent en raison de l'inflation actuelle des textes. En matière de protection des consommateurs, ce phénomène est particulièrement sensible en raison du mode d'élaboration de la protection consumériste. Ces dispositions, si elles forment un ensemble, ne forment pas, en toute rigueur, un véritable droit raisonné et indépendant du droit commun[836]. Les législations protectrices des intérêts des consommateurs sont sectorielles. En effet, l'adoption du Code de la consommation en 1993 n'a pas été l'occasion d'une refonte de la protection consumériste pour améliorer sa cohérence et son unité. En outre, la transposition des directives communautaires en la matière s'opère le plus souvent par intégration des dispositions dans le droit interne, sans vérifier leur redondance ou leur conciliation avec les dispositions déjà existantes.

514. L'existence de concours de qualifications provoque des incertitudes sur la sanction encourue lorsqu'elle varie suivant la qualification retenue. En droit pénal, les concours de qualifications sont appelés concours idéal d'infractions. Les solutions

[836] N. RZEPECKI, *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix en Provence : PUAM, 2002, *passim*.

permettant de résoudre ces difficultés ont été systématisées par la doctrine[837]. L'application des solutions permettant de résoudre les difficultés applicables aux concours idéaux d'infractions suppose d'identifier au préalable l'existence d'un tel concours. Cependant, *l'identification des hypothèses de concours idéal d'infractions (1)* est parfois complexe. Il doit être distingué de situations voisines. L'existence d'un concours idéal d'infractions entraîne deux types de difficultés. La première difficulté concerne le point de savoir si une seule ou une pluralité de déclaration de culpabilité doivent être prononcées La seconde concerne la détermination de la peine. *L'application des solutions dégagées par la jurisprudence à ces problèmes est parfois complexe (2)*.

1. Les hypothèses de concours idéal d'infractions

515. Il existe un concours idéal d'infractions « lorsqu'un fait matériel unique peut être réprimé par application de deux ou plusieurs textes »[838]. Dans certaines hypothèses, le concours idéal d'infractions n'est qu'apparent[839], et l'opération de qualification permet de ne retenir qu'une seule qualification pénale : une seule qualification est applicable au cas d'espèce et ce sont les sanctions encourues à la suite de la commission de l'infraction dont la qualification est retenue qui pourront être prononcées.

516. D'abord, la règle de spécialité permet de solutionner de nombreux conflits de qualifications apparents. Ainsi, le concours d'infractions n'est qu'apparent lorsqu' « une des qualifications est absorbée par l'autre »[840]. Une infraction est spéciale par rapport à une infraction plus générale lorsqu'elle est composée de tous les éléments constitutifs de l'infraction générale, ainsi que de quelques autres. Les éléments de l'infraction étant plus nombreux, les hypothèses régies par cette incrimination sont donc moins nombreuses que l'infraction générale. En application de la règle s*pecialia generalibus derogant,* seule l'infraction spéciale doit être retenue. Cette règle permet également de trancher les conflits de qualifications lorsqu'une infraction autonome est également un élément

[837] Sur cette question v. notamment : Ph. BONFILS, « Concours d'infractions », *Rép. pén. Dalloz*, 2005 ; Y. CHALARON, « Le concours idéal d'infractions », *JCP G*, 1967, I, 2088. A. DEKEUWER, « Les classifications du concours de qualifications », *RSC*, 1974, p. 551 ; J. SALVAIRE, « Le concours idéal de contraventions », *JCP G*, 1960, I, 1588 ; P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *RSC*, 1973, p. 45.
[838] Ph. BONFILS, « Concours d'infractions », *Rép. pén. Dalloz*, 2005, n° 8 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6ème éd. ref., Paris : PUF, 2005.
[839] Y. CHALARON, art. préc. ; P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *RSC*, 1973, p. 45.
[840] *Ibid*.

constitutif d'une autre infraction ou constitue une circonstance aggravante de cette autre infraction[841]. En effet, l'infraction initiale est entièrement absorbée par l'infraction qui en est un élément.

517. Ensuite, le concours n'est qu'apparent lorsque les qualifications examinées sont incompatibles ou alternatives. L'un des éléments de l'infraction se manifeste tantôt d'une certaine manière, tantôt d'une autre, et, en fonction de cet élément, l'une ou l'autre des infractions sera retenu. Il en est ainsi du meurtre et des violences volontaires ayant entrainé la mort. Si l'acte matériel et le résultat sont communs (le fait de donner la mort à autrui), l'élément moral de ces deux infractions diffère profondément. Dans le premier cas, l'auteur de l'infraction a agi dans le but de donner la mort à la victime. Dans le second cas, l'auteur de l'infraction n'avait pas la volonté de donner la mort. Il avait l'intention de blesser mais le résultat a dépassé son intention. Ces qualifications, qui semblent pouvoir entrer en concours au regard de l'élément matériel, sont en réalité incompatibles parce que les éléments moraux de ces deux infractions sont alternatifs et ne peuvent être réunis simultanément : soit l'auteur de l'infraction avait la volonté de tuer, soit il ne l'avait pas. La situation est identique pour le délit de tromperie et les contraventions de fraudes incriminées à l'article L. 214-2 du Code de la consommation[842]. Lorsque la violation d'un décret pris en application de l'article L. 214-2 du Code de la consommation est constatée, elle consomme la contravention de fraude si elle résulte d'une négligence ou d'une imprudence ; elle consomme le délit de tromperie définit à l'article 213-1 du Code de la consommation lorsqu'elle a été commise dans l'intention de tromper un contractant[843].

518. En revanche, il y a effectivement un concours idéal d'infractions lorsque les principes qui gouvernent la qualification pénale des comportements sont impuissants à indiquer une seule qualification. Ainsi, deux infractions sont susceptibles d'entrer en concours idéal dans trois hypothèses : si elles ont des éléments constitutifs communs, si

[841] *Ibid.*, n° 8.
[842] J.-H. ROBERT, « La distinction des délits et des contraventions de fraude », *JCP G*, 1990, I, 3444.
[843] Cette solution est reprise à l'article L. 214-2, alinéa 1er du Code de la consommation : « Les infractions aux décrets en Conseil d'Etat, pris en vertu des articles L. 214-1, L. 215-1, dernier alinéa, et L. 215-4 qui ne se confondront avec aucun délit de fraude ou de falsification prévu par les articles L. 213-1 à L. 213-4 et L. 214-1 (7°), seront punies comme contraventions de 3e classe ».

chacune d'elle est constituée par des éléments qui lui sont propres[844], et enfin, si les éléments propres à chaque infraction ne sont pas incompatibles entre eux[845]. En conséquence, l'emploi de termes généraux favorise l'émergence d'un concours idéal de qualifications[846].

519. En droit de la consommation, dans le but d'appréhender le maximum de comportements des professionnels qui portent atteinte ou sont susceptibles de porter atteinte aux intérêts des consommateurs, le législateur a introduit de nombreuses infractions vagues et générales, qui recouvrent d'autres comportements incriminés par ailleurs. De nombreuses dispositions du Code de la consommation sanctionnées pénalement, ont ainsi pour objet la protection du consentement du consommateur. L'introduction récente de la très générale et très diverse infraction de pratiques commerciales trompeuses a multiplié les hypothèses de concours idéal d'infractions. D'abord, l'infraction semble redondante avec l'infraction de tromperie. A son sujet, Madame Ambroise-Castérot affirme : « plus large que l'ancienne publicité fausse ou de nature à induire en erreur, la "pratique" se rapproche aujourd'hui dangereusement de la tromperie, infraction créée en 1905. En effet, on retrouve dans l'article L. 213-1 d'une part une définition du délit par les procédés et moyens utilisés, et d'autre part les mêmes notions de tromperie sur les caractéristiques essentielles, sur l'aptitude ou encore la quantité du bien. Et un procédé ou moyen trompeur ne constitue-t-il pas une pratique trompeuse ? La subtilité sémantique choisie par le législateur laisse perplexe. »[847]. Au-delà, il semble que l'infraction de pratiques commerciales trompeuses entre en concours de qualifications avec de nombreuses autres infractions telles que les infractions en matière de signe de valorisation des produits, les publicités comparatives illicites ou les nombreuses infractions consommées par la violation d'une obligation légale ou règlementaire d'information, lorsqu'elle porte sur les obligations essentielles du contrat telles que définies par l'article L. 121-1 du Code de la consommation. Cela concerne aussi bien les contraventions de fraudes, que certains manquements aux dispositions relatives au démarchage ou aux contrats conclus à distance. D'autres hypothèses de

[844] La règle qui fait prévaloir l'infraction spéciale sur l'infraction générale ne pourrait alors pas s'appliquer.
[845] A défaut, les infractions seraient alternatives.
[846] Y. CHALARON, art. préc., n° 10 ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », *RSC*, 1983, p. 597, n° 18.
[847] C. AMBROISE-CASTEROT, « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », AJ pénal, 2009, p. 22

concours peuvent être relevées. Ainsi, les pratiques commerciales agressives peuvent certainement entrer en concours avec l'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance, ou avec ou certaines formes de démarchage illicite. Les incriminations issues du droit de la consommation sont également susceptibles d'entrer en concours avec des infractions de droit commun, comme l'escroquerie[848] ou l'abus de l'état de faiblesse définis par l'article 313-4 du Code pénal[849].

520. Conscient de ce problème, le législateur a supprimé certaines incriminations redondantes par la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de simplification et d'amélioration de la qualité du droit. Ainsi, certaines infractions définies à l'article L. 115-30 du Code de la consommation et relatives à l'utilisation trompeuse d'une certification des produits autres qu'alimentaires, ont été supprimées. Depuis la transposition de la directive 2005/29/CE relatives aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, ces comportements sont également incriminés comme pratique commerciale réputée trompeuse en toute circonstance par l'article L. 121-1-1 3° du Code de la consommation, ou à défaut, comme pratique commerciale trompeuse définie par l'article L. 121-1 du même code.

521. La transposition de la directive communautaire avait également créé un concours de qualifications en incriminant une forme d'envoi forcé en tant que pratique commerciale réputée déloyale en toute circonstance en raison de son caractère agressif par l'article L. 122-11-1 6° du Code de la consommation, alors que ce type de comportements était déjà incriminé à l'article L. 122-8 du même code. La loi de simplification et d'amélioration de la qualité du droit a remédié à ce concours de qualifications pénales en abrogeant d'une part l'article L. 122-11-1 6° du Code de la consommation et en substituant, d'autre part, au texte d'incrimination de l'article L. 122-8 du Code de la consommation, la définition des envois forcés issue des dispositions communautaires.

[848] L'escroquerie peut par exemple entrer en concours avec les pratiques commerciales trompeuses. C. CARREAU, « Publicité et escroquerie », *D.*, 1996, chron., p. 257.
[849] G. RAYMOND, « Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) », *Gaz. Pal.*, 2002, doctr., p. 399.

522. Ces réformes ponctuelles sont insuffisantes à limiter les hypothèses de concours idéal d'infractions. Comme la plupart des législations en matière de protection des intérêts des consommateurs, les dispositions de la loi de 2011 manquent de cohérence. Par exemple, dans le domaine des infractions relatives aux signes de qualité, les dispositions de la loi de 2011 n'ont mis fin au concours de qualification qu'en matière de certification des produits. Les concours existant entre les infractions en matière d'appellation d'origine, de label rouge, d'appellation d'origine contrôlée, d'indication géographique protégée, de spécialité traditionnelle garantie, de mention « agriculture biologique » et de certificats de conformité des produits agricoles et des denrées alimentaires avec l'infraction de pratiques commerciales trompeuses survivent curieusement à la réforme. La multiplication des concours de qualifications pénales est alors une source de complexité qui obscurcit la détermination des comportements incriminés et entraînent des difficultés pour connaître la sanction encourue.

2. L'application complexe des solutions gouvernant le concours idéal d'infractions

523. Classiquement, en cas de concours idéal d'infraction, une seule déclaration de culpabilité était retenue, celle qui était punie le plus sévèrement[850]. Mais les solutions actuelles sont plus nuancées. Parfois, le concours idéal d'infraction est traité comme un concours réel d'infractions, en retenant autant de déclarations de culpabilité que d'infractions pénales. La solution dépend de l'intérêt protégé par les incriminations en concours. Lorsque les infractions en concours ont été incriminées en considération du même intérêt, alors une seule déclaration de culpabilité sera prononcée, pour l'infraction punie des peines les plus sévères. Lorsque les infractions en concours ont été incriminées en considération d'intérêts différents, alors plusieurs déclarations de culpabilité doivent être prononcées et l'auteur encours toutes les peines prévues pour les différentes infractions[851]. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que les incriminations de tromperie et d'escroquerie tendent à protéger des intérêts différents, respectivement la propriété et la liberté du consentement, et que lorsqu'elles entrent en concours, plusieurs déclarations de culpabilité doivent être retenues[852]. Ainsi, le professionnel auteur d'un comportement qui

[850] Ph. BONFILS, « Concours d'infractions », *Rép. pén. Dalloz*, 2005, n° 29.
[851] *Ibid*, n° 32 à 35. R. MERLE et A. VITU, *op. cit.*, n° 837.
[852] A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*. 2ème éd., Paris : Litec, 2010, n° 1187

peut être qualifié à la fois de tromperie et d'escroquerie encours toutes les peines prévues pour ces infractions, dans la limite de la plus sévère. La sévérité de la peine est déterminée peine par peine. La solution retenue dépend donc de l'intérêt protégé par l'infraction, c'est-à-dire de sa *ratio legis*[853]. Pourtant, il n'est pas toujours aisé de connaître l'intérêt qu'entendait protéger le législateur quand il a choisi d'incriminer le comportement pénalement sanctionné. En outre, même si « l'intérêt protégé est abstrait et fixé une fois pour toutes dans le texte de chaque incrimination »[854], la question doit être envisagée subjectivement pour écarter le concours idéal de qualifications au profit des règles du concours réel d'infractions. Il ne suffit pas, pour retenir les règles du concours réel d'infractions que les différentes incriminations aient été adoptées dans le but de protéger des valeurs sociales différentes, il faut en outre que l'auteur de l'infraction ait eu l'intention de porter atteinte à plusieurs valeurs sociales distinctes[855].

524. Il apparait alors que, compte tenu de la rédaction des dispositions consuméristes par strates successives, et du recours massif au droit pénal, de nombreux obstacles à la connaissance des comportements sanctionnés et de leur sanction existent. L'incohérence résultant de la multiplication des textes d'incrimination et l'illisibilité résultant de l'incrimination de comportements mal définis et de l'utilisation de la technique de l'incrimination par renvoi et de la pénalité par référence s'opposent à l'efficacité dissuasive des sanctions pénales. Le peu de soin accordé à la définition des comportements infractionnels et la multiplication des infractions dont la nécessité est douteuse entravent la participation des dispositions consuméristes à la sauvegarde de l'intérêt général. L'absence d'acceptation sociale de la règle est également un frein à la dissuasion. Une refonte du droit pénal de la consommation s'avère nécessaire.

§2. La refonte nécessaire du droit pénal de la consommation

525. Les constatations de l'illisibilité et de l'incohérence des dispositions protectrices des intérêts des consommateurs ne sont pas nouvelles[856]. L'absence de définition légale

[853] Y. MAYAUD, « *RATIO LEGIS* ET INCRIMINATION », *RSC*, 1983, P. 597.
[854] J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*. 6ème éd. ref., Paris : PUF, 2005, p. 226.
[855] P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *RSC*, 1973, p. 45, n° 10.
[856] V. *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?* Paris : La documentation française, 2002.

du consommateur et la variabilité du champ d'application des dispositions suivant le domaine de protection sont, à cet égard, frappants[857]. La codification à droit constant[858], l'inflation législative et les réformes ponctuelles mais incessantes des dispositions consuméristes ne font qu'aggraver cette situation. Cette étude n'a pas pour objet de redéfinir la protection des intérêts des consommateurs et de proposer un système de protection cohérent allant de pair. Pourtant, le manque de lisibilité et de cohérence du droit de la consommation affecte l'efficacité dissuasive des sanctions pénales. Indépendamment de la pénalité qu'elles définissent, les incriminations n'exercent une prévention générale que si elles sont lisibles et sont adoptées après une réflexion permettant de déterminer les comportements qui lèsent assez profondément l'intérêt général pour être pénaliser. En l'état actuel du droit de la consommation, seule une refonte complète des dispositions pénales semble possible. Mais ce travail de refonte du droit de la consommation, qui s'avère nécessaire pour renforcer l'efficacité dissuasive des peines prévues, doit se faire en conformité avec les dispositions communautaires. Dès lors, *les contraintes issues du droit communautaire (A)*, incitent à retenir *une pénalisation recentrées autour des pratiques commerciales déloyales (B).*

A. Les contraintes issues du droit communautaire

526. Le droit communautaire est une source importante de la protection des consommateurs[859]. Cette dernière est un des objectifs de l'Union européenne, car en uniformisant les obligations des professionnels vis-à-vis des consommateurs, elle participe également à l'établissement du marché unique concurrentiel. Afin de réaliser cet objectif, l'orientation actuelle est d'uniformiser, autant que possible, la législation des Etats membres, en matière de protection des consommateurs. Certaines directives communautaires avaient déjà pour objet d'interdire ou de règlementer certains types de comportement qui peuvent être qualifiés de pratiques commerciales.

[857] V. *supra* n° 26.
[858] Y. PICOD, « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *CCC*, 2008, n° 12, Etude n° 12, n° 2 : « Cependant, si la codification à droit constant a fait ses preuves à l'époque romaine, elle conduit aujourd'hui bien souvent à une lecture indigeste de textes empilés, échappant à toute cohérence ».
[859] Par exemple, la directive n° 84/450/CEE modifiée par la directive n° 97/55/CE encadre les pratiques des professionnels en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative. Les dispositions de cette directive ont été remplacées en partie par celles de la directive n° 2005/29/CE.

527. La directive 2005/29/CE relatives aux pratiques commerciales des professionnels vis à vis des consommateurs est plus ambitieuse. Elle vise à harmoniser les législations des Etats membres en imposant des règles générales qui ont vocation à s'appliquer à toutes les pratiques commerciales. Pour cela, elle a pris soin de définir la notion de pratique commerciale à l'article 1-d comme « toute action, omission, conduite, démarche ou communication commerciale, y compris la publicité ou le marketing, de la part d'un professionnel, en relation directe avec la promotion, la vente ou la fourniture d'un produit aux consommateurs ». La Cour de justice des communautés européenne a eu l'occasion de préciser la définition des pratiques commerciales dans son arrêt du 23 avril 2009, en affirmant que les pratiques commerciales « s'inscriv[ent] […] dans le cadre de la stratégie commerciale d'un opérateur et vis[ent] directement à la promotion et à l'écoulement des ventes de celui-ci »[860]. Il en résulte que les comportements des professionnels visés par la directive 2005/29/CE sont très nombreux. Une pratique est commerciale en fonction du but qui est recherché. Si le professionnel cherche à augmenter son activité ou son chiffre d'affaire, alors la pratique est commerciale. L'importance de cette directive est fondamentale. Parce qu'outre le domaine très large qu'elle concerne (les pratiques commerciales), elle impose une harmonisation complète des législations des Etats membres de l'Union européenne. Ils ne peuvent ni adopter de législation moins favorable aux consommateurs, ni adopter de législation plus favorable aux consommateurs[861]. Cette analyse, fondée sur les cinquième et sixième considérants de l'exposé des motifs et sur l'article 4 de la directive 2005/29/CE, a été confirmée par l'arrêt de la CJCE du 23 avril 2009[862]. La marge de manœuvre des Etats est donc très limitée. D'une part, ils ont l'obligation de prohiber toute pratique commerciale déloyale au sens de la directive.

[860] CJCE, 23 avril 2009, aff. Jointes n° C-261/07, *VTB-VAB NV* et n° C-299-07, *Galetea BVBA*, (…), pt 50. *RED consom.*, 2009, p. 887, note G. BUSSEUIL

[861] L'harmonisation complète de la directive connait une exception temporaire. Pour les pratiques commerciales qui font déjà l'objet d'une directive communautaire incluant une clause d'harmonisation minimale, les Etats gardent la faculté de continuer à appliquer des dispositions plus rigoureuses pour les professionnels qu'ils ont déjà édictées, et ce pendant six ans à compter du 12 juin 2007. Par exemple, en matière de publicité trompeuse et de publicité comparative, la directive 84/450/CEE prévoyait une harmonisation minimale des législations. Les Etats membres ont pu adopter des dispositions internes plus sévères pour les professionnels. La directive 2005/29/CE la remplace en ce qui concerne les rapports entre professionnels et consommateurs. Les Etats gardent la faculté d'appliquer les dispositions plus rigoureuses jusqu'au 12 juin 2013. En revanche, il ne semble pas qu'ils aient la faculté d'édicter de telles dispositions. Le délai qui leur est laissé est un délai qui doit leur permettre d'adapter leur législation et non d'en créer une nouvelle, plus restrictive que la directive du 11 mai 2005.

[862] CJCE, 23 avril 2009, aff. Jointes n° C-261/07, *VTB-VAB NV* et n° C-299-07, *Galetea BVBA*, (…),préc., pts 51 et 52.

D'autre part, ils n'ont plus la faculté de prohiber une pratique commerciale qui n'a pas un caractère déloyal au regard des dispositions de la directive.

528. Plusieurs dispositions de la directive participent à définir le caractère déloyal de la pratique commerciale. D'abord, l'article 5 de la directive énonce une définition générale des pratiques commerciales déloyales. Deux éléments doivent être constatés pour qu'une pratique commerciale soit qualifiée de déloyale. D'une part, l'acte matériel susceptible de constituer une pratique commerciale déloyale est défini. La pratique commerciale doit être « contraire aux exigences de la diligence professionnelle », ce caractère est apprécié au regard des « pratiques de marché honnêtes et/ou au principe général de bonne foi »[863]. D'autre part, la pratique commerciale qui est contraire aux exigences de la diligence professionnelle n'est déloyale que si elle provoque un certain résultat. Elle doit « altérer ou être susceptible d'altérer de manière substantielle le comportement économique du consommateur, par rapport au produit, du consommateur moyen qu'elle touche ou auquel elle s'adresse, ou du membre moyen du groupe lorsqu'une pratique commerciale est ciblée vers un groupe particulier de consommateurs ». L'appréciation de cette condition se fait alors *in abstracto* en se demandant quel serait l'effet de la pratique commerciale contraire aux exigences de la diligence professionnelle sur le comportement économique d'un consommateur moyen. Ensuite, deux pratiques commerciales déloyales sont particulièrement définies par les dispositions de la directive. Les pratiques commerciales trompeuses sont définies par les articles 6 et 7 de la directive, et les pratiques commerciales agressives sont définies aux articles 8 et 9 de la directive. Ces dispositions n'ajoutent pas de nouvelles pratiques commerciales déloyales, parce que la définition qui est faite des pratiques commerciales trompeuses et des pratiques commerciales agressives correspond à celle, plus générale, des pratiques commerciales déloyales. Elles sont caractérisées par des comportements contraires aux exigences de la diligence professionnelle, tels que la tromperie ou le harcèlement, et par le résultat qu'elles provoquent potentiellement sur le comportement économique du consommateur : elle « l'amène ou est susceptible de l'amener à prendre une décision commerciale qu'il n'aurait pas prise autrement ». Enfin, certaines pratiques commerciales des professionnels sont réputées déloyales en toutes circonstances. Une liste de trente et une pratiques

863

commerciales est dressée à l'annexe 1 de la directive, soit en raison de leur caractère trompeur, soit en raison de leur caractère agressif. Le caractère déloyal de la pratique commerciale découle des dispositions communautaires. Il n'a plus à être établi par la suite.

529. Pour les Etats membres, il en résulte d'une part qu'ils doivent interdire, sans autres conditions, les pratiques commerciales qui figurent à l'annexe 1 de la directive. Il en résulte d'autre part qu'ils ne peuvent interdire par principe aucune autre pratique commerciale sans subordonner sa sanction à la démonstration des caractères de déloyauté établis par la directive, autrement dit à la démonstration que la pratique commerciale incriminée est contraire à la diligence professionnelle et qu'elle altère ou qu'elle est susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur. Les conséquences de l'harmonisation totale se font déjà sentir : la Cour de justice de l'Union européenne a décidé à plusieurs reprises que la législation d'un Etat membre n'était pas conforme aux dispositions de la directive parce qu'elle interdisait des pratiques commerciales sans que la démonstration de leur caractère déloyal soit exigé. Elle a ainsi condamné l'interdiction de principe des offres conjointes faites aux consommateurs[864], celle des loteries publicitaire payantes[865], celle des ventes avec prime[866] ou encore l'interdiction générale des pratiques qui annoncent une réduction de prix[867]. En France, le législateur et la jurisprudence ont commencé à tirer les conséquences de l'harmonisation complète opérée par la directive et des décisions rendues par la Cour de justice de l'Union européenne. Ainsi, la Cour de cassation a décidé qu'une offre conjointe, qui n'est pas une des pratiques commerciales réputées déloyales en toute circonstance par les dispositions de la directive communautaire, n'est plus illégale en tant que telle. Elle exige désormais que la validité d'une telle offre, au regard de l'interdiction des ventes ou prestations de services subordonnées par l'article L. 121-35 du Code de la consommation, soit écartée seulement si elle présente un caractère déloyal[868]. Depuis, plusieurs dispositions du Code de la consommation ont été modifiées par l'article 45 de la loi n° 2011-525 du 17 mai 2011 de

[864] CJCE, 23 avril 2009, aff. Jointes n° C-261/07, *VTB-VAB NV* et n° C-299-07, *Galetea BVBA* – CJUE, 11 mars 2012, aff. n° C-522/08, *Telekomunikacja.*
[865] CJUE, 14 janvier 2012, C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft.*
[866] CJUE, 9 novembre 2010, aff. n° C-540/08, *Mediaprint.*
[867] CJUE, 30 juin 2011, aff. n° C6288/10, *Wamo* – CJUE, 15 décembre 2011, aff. n° C-126/11, *INNO.*
[868] Com., 13 juillet 2010, pourvois n^{os} 09-15.304 et 09-66.970 ; *Bull. civ. IV*, n° 127 – Civ. 1ère, 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.807, *Bull. civ. I.*

simplification et d'amélioration de la qualité du droit pour les mettre en conformité avec la directive communautaire. Ainsi, les dispositions de l'article L. 121-35 relatives aux ventes ou prestations de services avec primes, celles de l'article L. 121-36 du Code de la consommation relatives aux loteries publicitaires payantes et celles de l'article L. 122-1 du Code de la consommation relatives au refus et à la subordination de vente ou de prestation de service, ont toutes été modifiées pour subordonner leur pénalisation à la constatation du caractère déloyal de ces pratiques commerciales.[869]

530. Toutefois, il semble que les conséquences de cette directive sur les dispositions consuméristes françaises, et plus particulièrement sur le droit pénal de la consommation, sont fortement sous-évaluées. Les dispositions de la directive sont sans influence sur la possibilité pour les Etats d'imposer des obligations aux professionnels à propos d'un contrat de consommation et d'en prévoir les sanctions civiles prononcées au profit d'un consommateur, en cas de manquement à ces obligations. Dès lors, le législateur peut adopter des mesures telles qu'imposer une obligation d'information ou des obligations relatives aux facultés de rétractation dont disposent les consommateurs, ou tenant aux conséquences qu'entraineraient la méconnaissance de ces obligations sur le contrat de consommation, même si elle ne constitue pas une pratique commerciale déloyale. En revanche, les dispositions internes ne peuvent pas interdire et sanctionner de telles pratiques, en dehors de tout rapport spécifique de consommation. Par exemple, le manquement à une obligation légale d'information sur les qualités substantielles du contrat, autrement dit la réticence dolosive, quand elle n'est pas déloyale parce qu'elle n'est pas susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur moyen, peut être sanctionné civilement lorsqu'elle aura eu des conséquences sur un contrat de consommation déterminé, mais ne peut pas être sanctionné, en dehors de tout cadre contractuel. Dès lors, toutes les dispositions pénales qui incriminent une pratique commerciale sans exiger que soit démontré son caractère déloyal, sont susceptibles d'être remises en cause par les dispositions communautaires. Compte tenu de la très large définition des pratiques commerciales, presque toutes les incriminations pénales sont visées. Sont certainement contraires à la directive sur les pratiques commerciales déloyales toutes les infractions consommées par le seul manquement aux obligations

[869] M. RAZAVI, A.-L. FALKMAN, « Vente subordonnée, vente avec primes et loteries sont-elles désormais licite par principe ? » *CCC* mars 2010, Focus n° 22, p. 2.

d'information ou par le seul manquement au formalisme informatif. Ces manquements ne constituent des pratiques commerciales déloyales que s'ils répondent à la définition de l'omission trompeuse. Une refonte du droit pénal de la consommation s'impose d'autant plus.

B. Des incriminations recentrées sur les pratiques commerciales déloyales

531. Il ne fait plus de doute que la protection des consommateurs relève de l'intérêt général, et à ce titre, que certains comportements, contraires aux intérêts consuméristes, doivent parfois être incriminés parce qu'ils portent également atteinte à l'intérêt général[870]. Ainsi, selon le rapport sur la dépénalisation du droit des affaires rendu en 2008, la dépénalisation en matière de droit de la consommation ne peut être que limitée[871]. Toutefois, le recours au droit pénal ne doit pas être trop fréquent. L'incrimination des comportements ne doit intervenir que lorsqu'ils portent atteinte à l'intérêt général, en raison de leur gravité ou de leurs conséquences. Le développement du droit pénal détourne ce dernier de sa fonction répressive. Par conséquent, l'acceptation de la sanction qui en découle est affaiblie, ce qui fait parfois douter du caractère socialement répréhensible des comportements ainsi incriminés. L'acceptation de la règle s'en trouve amoindrie, ce qui entraine des répercussions négatives sur l'intimidation générale que les incriminations exercent. La redéfinition complète des comportements contraires aux intérêts des consommateurs s'impose : il est donc nécessaire de redéfinir le champ pénal de la consommation. Comme le préconise plus généralement le rapport Coulon sur la dépénalisation du droit des affaires, cette redéfinition doit s'opérer en limitant le recours au droit pénal aux seuls comportements frauduleux et en limitant la dispersion des incriminations pénales afin de favoriser leur lisibilité[872]. En outre, dans le domaine de la consommation, les contraintes issues du droit communautaire sont fortes en matière de pratiques commerciales, alors que le législateur national reste libre dans d'autres domaines, comme la méconnaissance des dispositions protectrices de la santé et de la sécurité des consommateurs.

[870] L. BIHL, *Le droit pénal de la consommation*. Paris : Nathan, 1989, p. 315 ; Ph. GUILLERMIN, « Droit de la consommation : L'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal*, 2008, n° 2, p. 73.
[871] J.-M. COULON, *La dépénalisation de la vie des affaires : Rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*. Paris : La documentation française, 2008.
[872] *Ibid.*, p. 79.

532. Le droit pénal de la consommation doit donc être abordé comme un ensemble cohérent, et les incriminations en la matière devraient être définies dans un Livre unique consacré aux infractions en matière de droit de la consommation, n'incriminant que des comportements portant réellement atteinte aux intérêts des consommateurs, soit à leur santé ou à leur sécurité, soit à leurs intérêts économiques. A l'inverse, les infractions de prévention, comme le sont la plupart des infractions incriminées pour un domaine de protection spécial, comme le démarchage ou le crédit à la consommation, consommées par la seule infraction à des exigences formelles, devraient être supprimées lorsqu'elles ne sont pas susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur.

533. Le manquement aux dispositions du droit de la consommation devrait alors être recentré autour des pratiques commerciales déloyales. Trois manières de définir les pratiques commerciales déloyales pourraient être combinées.

La première incrimination serait générale et reprendrait la définition de l'article L.120-1 du Code de la consommation : « Les pratiques commerciales déloyales sont interdites. Une pratique commerciale est déloyale lorsqu'elle est contraire aux exigences de la diligence professionnelle et qu'elle altère, ou est susceptible d'altérer de manière substantielle, le comportement économique du consommateur normalement informé et raisonnablement attentif et avisé, à l'égard d'un bien ou d'un service ». La violation de la loi ne suffirait pas à caractériser l'infraction, il faudrait montrer que le comportement est susceptible d'influer sur le comportement économique du consommateur moyen. Cette définition générale permettrait d'appréhender toutes les violations du droit de la consommation, manquement à une obligation d'information, violation des exigences du formalisme informatif, insertion de clause illicites dans les contrats proposés au professionnel. Ainsi, la Cour de justice de l'Union européenne de l'insertion d'une clause illicite dans un contrat pouvait être qualifiée de pratiques commerciales déloyales si elle était susceptible d'altérer le comportement économique du consommateur[873]. Il s'agissait d'une clause indiquant, dans un contrat de crédit, un taux effectif global erroné.

Une seconde catégorie de pratiques commerciales déloyales contiendrait la liste des pratiques commerciales réputées déloyales en toutes circonstances. Il s'agirait de reprendre tous les comportements définis comme tels par la directive n° 2005/29 relative

[873] CJUE, 14 juin 2012, aff. n° C-618/10, *Banco Español de Crédito.*

aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs. Dans ce cas, la seule constatation de la pratique définie par le texte d'incrimination suffirait à caractériser l'infraction.

Une troisième catégorie d'incriminations contiendrait la liste des comportements qui sont définis par la loi comme contraires à la diligence professionnelle, comme les pratiques commerciales trompeuses, les pratiques commerciales agressives ou encore les ventes ou prestations de service subordonnées ou encore les ventes à la boule de neige. Ces infractions ne seraient consommées, conformément au droit communautaire, que si les pratiques commerciales ainsi définies altèrent ou sont susceptibles d'altérer le comportement économique du consommateur moyen, ou du membre moyen du groupe auquel est destinée la pratique commerciale.

534. A l'occasion d'un litige, pour déterminer si la pratique commerciale du professionnel est une pratique commerciale déloyale, il faudrait en premier lieu montrer que le comportement du professionnel est bien une pratique commerciale déloyale. Il faudrait, ensuite, vérifier si ce comportement est incriminé comme pratique commerciale réputée déloyale en toutes circonstances. A défaut, il faudrait vérifier que la pratique commerciale est une des pratiques commerciales définie par la loi comme contraire aux exigences de la diligence professionnelle. Dans ce cas, l'infraction ne serait consommée que si elle est de nature à influer sur le comportement économique du consommateur moyen. Enfin, si la pratique commerciale n'est pas définie comme contraire à la diligence professionnel, la constatation de l'infraction ne pourrait être opérée qu'à condition que soit démontré en quoi la pratique commerciale est contraire à la diligence professionnelle et en quoi elle est susceptible d'altérer le consommateur moyen.

535. Si la directive 2005/29/CE réduit fortement la marge de manœuvre des Etats en ce qui concerne la définition des pratiques commerciales déloyales et les conditions dans lesquelles elles peuvent être sanctionnées, elle les laisse libre des mesures à adopter pour sanctionner les professionnels qui ont commis une pratique commerciale déloyale. L'article 13 de la directive, relatif aux sanctions, dispose : « Les Etats membres déterminent le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales prises en application de la présente directive, et mettent tout en œuvre pour en assurer l'exécution. Les sanctions ainsi prévues doivent être effectives, proportionnées et dissuasives. » La latitude laissée aux Etats est très grande. Ils ont le choix de la nature de

la sanction (civile, pénale ou administrative), de son type ainsi que de son quantum. En choisissant des sanctions pénales, sanctions qui ont une portée naturellement dissuasive, le législateur français semble se conformer à l'article 13 de la directive. Cette liberté permet de les adapter au mieux à l'effet dissuasif recherché.

Section 2. L'adéquation des sanctions à l'effet dissuasif recherché

536. A l'heure actuelle, il semble qu'il y ait une absence de choix raisonné de la peine encourue. L'incohérence qui prévaut dans la définition des infractions se retrouve également dans la définition des pénalités encourues. Le législateur a recours à toutes les catégories de peines[874]. Des travaux criminologiques récents ont montrés que, même s'il est variable en fonction des personnes considérées, les sanctions ont un réel effet dissuasif sur les délinquants. Redonner une cohérence aux incriminations pénales et recentrer la pénalisation sur les comportements qui lèsent réellement l'intérêt général renforce la « dissuasion émotionnelle », en amplifiant l'effet moral de l'incrimination, et ainsi, en favorisant chez les professionnels, l'idée que la non-conformité aux dispositions légales serait en opposition avec leur conscience. Mais cela n'est pas suffisant. Il faut en outre que les sanctions encourues exercent une « dissuasion rationnelle ». Cela signifie que la perspective de la sanction devrait inciter le délinquant potentiel, au terme de son raisonnement, à respecter la loi même si la violation de la loi ne heurterait pas sa conscience. Pour cela, il faut que les bénéfices attendus subjectivement de la violation de la loi soient moindre que les conséquences néfastes engendrées par la violation de la loi. Cette dissuasion rationnelle est plus efficace pour les comportements instrumentaux, exercés en vue de retirer un bénéfice de la violation de la loi, comme le sont ceux des professionnels, que pour les comportements impulsifs et émotionnels, commis sans une réelle évaluation des conséquences[875]. Les comportements des professionnels sont, par essence, instrumentaux. La violation de la loi est faite par les professionnels pour en

[874] Référence à l'annexe.

[875] M. CUSSON. V. également A. TUNC, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : A. Pedone, 1975, p. 407, n° 4.

retirer un profit financier et pour faire prospérer leur entreprise. Les sanctions ont alors un fort potentiel dissuasif en la matière. Deux types de conséquences sont craints par les professionnels : *l'atteinte à leur patrimoine (§1)* et *l'atteinte à leur réputation (§2).*

§1. L'atteinte au patrimoine du professionnel

537. L'une des caractéristiques des fautes des professionnels est qu'elles sont lucratives. La faute lucrative est définie comme la « faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »[876]. Elle est encore définie comme celle par laquelle son auteur « tire de l'activité dommageable un profit supérieur aux condamnations encourues »[877]. Ces fautes sont commises à l'issue d'un calcul coût/avantage. Le destinataire de l'obligation, considérant que la violation de l'obligation lui rapporterait davantage que la condamnation à réparer les conséquences dommageables de son acte, choisit de transgresser l'obligation. De telles fautes lucratives se rencontrent en matière de presse, lorsque les journaux préfèrent assumer les conséquences engendrées par la violation de la vie de célébrités en espérant en retirer un profit important, ou en matière de droit la concurrence.

538. En droit de la consommation, le caractère lucratif des fautes ne vient pas du fait qu'une violation isolée des dispositions consuméristes engendre un bénéfice plus important que le préjudice ressenti par le consommateur. Ici comme ailleurs, il résulte de la répétition des violations en raison de l'uniformisation des contrats et des produits proposés aux consommateurs, victimes de la violation. Seuls quelques-uns dénoncent l'illicite et les sanctions prononcées ne sont pas à la hauteur des profits engendrés par la violation répétée de la loi. Ainsi, lorsque le professionnel insère des clauses abusives dans les contrats de consommation, comme des conditions de résiliation d'un contrat à durée indéterminée particulièrement strictes pour le consommateur, la sanction réparatrice qui consiste à déclarer la clause abusive non écrite ne fait que neutraliser l'avantage qu'il pouvait attendre de son comportement. Pour résilier le contrat, le consommateur n'aura

[876] G. VINEY, Exposé des motifs de l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription.
[877] P. JOURDAIN, « Rapport introductif », *in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 4

pas à verser les sommes qu'imposent la clause abusive déclarée non écrite. Envisagé dans un rapport unique de consommation, la faute du professionnel n'apparaît pas particulièrement lucrative. La sanction le prive de tous les profits qu'il pouvait attendre de la violation de la législation sur les clauses abusives, voire davantage. Pourtant, au regard de la multiplication des contrats de consommation, et de l'inertie des consommateurs, le caractère lucratif de la faute apparaît. Le professionnel sait que seul un petit nombre de consommateurs contestera l'application de cette clause. Les bénéfices qu'il retire de cette clause abusive sont donc très importants. Pour être efficace d'un point de vue dissuasif, la sanction de la violation des dispositions consuméristes doit prendre en considération le caractère répétitif des violations et doit permettre de confisquer tous les profits engendrés par la violation répétée de la loi. Certains contestent la prise en considération de la répétition de la violation en considération des « conséquences extravagantes » qu'elle produirait[878], ou en raison de la répercussion qu'elle aurait sur les prix. Cette conséquence ne doit pas être exagérée. Les professionnels, s'ils constatent que les amendes leur imposent d'élever leur prix de manière significative, ils préfèreront respecter la loi[879]. Le coût engendré et répercuté sur les prix sera alors celui qui découle du respect de la loi par le professionnel. La question est alors une question d'efficience de la règle de droit de fond : il s'agit de savoir si le coût induit par le respect de la loi se justifie au regard des effets qu'elle produit en termes de protection des consommateurs.

539. En matière pénale, la répétition des comportements infractionnels est prise en considération par ce qui est appelé « le concours réel d'infractions ». En principe, il y a autant de déclaration de culpabilité que d'infractions commises[880]. La principale difficulté lorsque des infractions se trouvent en concours réel, est alors de savoir si les sanctions doivent se cumuler. Les solutions diffèrent suivant la nature des infractions en concours. Lorsque les infractions en concours sont des délits, plusieurs déclarations de culpabilité sont prononcées mais le cumul des sanctions est exclu. Ainsi, si plusieurs tromperies sont

[878] J.-C. FOURGOUX, « Droit pénal économique : conséquences extravagantes du non-cumul des peines en matière de contraventions », *Gaz. Pal*. 1971, doctr., p. 284.
[879] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris : LGDJ, 2000, n° 318.
[880] Parfois, le concours réel d'infractions est traité comme un concours idéal d'infractions et une seule déclaration de culpabilité est retenue lorsqu'« une infraction objectivement imputable à un délinquant [est] la conséquence logique et en quelque sorte naturelle d'une première infraction avec laquelle elle se confond, au point que l'on hésite à la retenir dans la poursuite ». J.-C. FOURGOUX, art. préc, p. 284.

commises successivement, avant toute condamnation pénale, les peines ne s'additionnent pas et le responsable n'encourt que la peine la plus sévère. Dans ce cas, le professionnel encoure un emprisonnement de deux ans et 37 500 euros d'amende. Lorsque les infractions commises par le professionnel sont différentes, toutes les peines qui sont encourues pour l'une ou l'autre des infractions peuvent être prononcées. Dans cette hypothèse, c'est sanction par sanction qu'il faut déterminer laquelle est la plus sévère. Le responsable encourt toutes les peines, principales, complémentaires, ou alternatives, qui peuvent être prononcées sur le fondement de l'une quelconque des infractions commises, mais dans la limite du maximum prévu pour l'infraction punie la ? plus sévèrement par la loi. Ainsi, lorsqu'un professionnel a commis de nombreuses fois le même délit, il encourt seulement les peines prévues pour ce délit. Mais, les tribunaux ne peuvent pas le condamner à une peine qui dépasse le maximum légal. Lorsque les délits en concours réel sont des infractions différentes, la peine encourue se trouve limitée par le maximum des deux peines prévues. Le délinquant encourt également l'ensemble des peines complémentaires prévues pour toutes les infractions en concours. La solution est inversée lorsque les comportements infractionnels sont tous des contraventions. La règle du non cumul d'infraction est alors inapplicable. Les sanctions se multiplient en fonction du nombre d'infractions commises. Ainsi, le coupable de multiples fraudes contraventionnelles, en violation de l'article L. 214-2 du Code de la consommation, encourra autant d'amendes contraventionnelles de la troisième classe que d'infractions commises. Finalement, la sanction peut parfois avoir des conséquences financières très sévères pour le professionnel ainsi sanctionné. Ces solutions aboutissent à une situation paradoxale : le manquement aux dispositions règlementaires relatives à la conformité des produits et à leur présentation est sanctionné plus sévèrement, en raison du cumul des contraventions, lorsqu'il résulte d'une simple négligence de la part du professionnel et consomme de multiples contraventions de fraudes, que lorsqu'il résulte d'une volonté consciente de tromper les consommateurs et consomme de multiples délits de tromperies.

540. Pour que les sanctions pénales exercent un effet dissuasif important, il faut alors que leur *quantum* dépende, au moins en partie, de la répétition du comportement. C'est le

cas en matière de contravention, en raison du cumul des peines contraventionnelles[881]. Mais si les comportements incriminés sont recentrés autour des pratiques commerciales déloyales et des infractions en matière de sécurité des produits, une simple contraventionnalisation n'apparaît pas suffisante. Les infractions en matière de protection des consommateurs doivent plutôt être délictuelles et à ce titre être sanctionnées par des peines délictuelles. Le choix de peines délictuelles n'est pas un obstacle absolu à l'intégration de la répétition du comportement. En effet, le principe de non cumul des peines délictuelles n'a pas valeur constitutionnelle et il est tout à fait possible de prendre en considération la multiplicité des infractions pénales dans la fixation de l'amende encourue. D'ailleurs, le droit pénal prend souvent en considération le caractère lucratif des fautes pour adapter l'amende encourue par l'auteur de l'infraction. Par exemple, le montant maximum de l'amende encourue en cas de pratiques commerciales trompeuses est déterminé en fonction des dépenses engagées par le professionnel dans la pratique commerciale. Selon les dispositions de l'article L. 121-6 du Code de la consommation, l'amende peut être portée à 50 % des dépenses engagées. Toutefois, ce n'est pas suffisant à exercer un effet dissuasif parce que le profit que le professionnel espère retirer de la violation de la loi est bien supérieur aux dépenses engagées dans la pratique commerciale. En outre, la commission de pratiques commerciales trompeuses différentes aurait pour conséquence, en application des règles du non cumul des peines délictuelles et criminelles, de limiter le montant de l'amende encourue à 50 % des dépenses engagées dans la pratique commerciale la plus coûteuse. Ce mode de détermination de la peine ne permet pas de prendre toute la mesure du caractère lucratif de la sanction.

541. Il est possible d'imaginer d'autres manières de déterminer le montant de l'amende maximale encourue, dans le respect des principes du droit pénal général, qui permettent de sanctionner efficacement les pratiques commerciales déloyales des professionnels et les infractions en matière de sécurité. Pour cela, il faudrait prendre en considération, dans la détermination de la peine d'amende encourue, soit le nombre de consommateurs visés par les différentes pratiques commerciales déloyales en concours, soit le nombre de victimes potentielles causées par les infractions en matière de sécurité. Lorsqu'une seule

[881] L'efficacité dissuasive de cette solution a été remarquée : NGUYEN THAN-BOURGEAIS, « Les contrats entre professionnels et consommateurs et la portée de l'ordre public dans les lois Scrivener du 10 janvier 1978 et du 9 juillet 1979 », *D.* 1984, chron. p. 91, n° 15.

pratique commerciale déloyale a été commise, isolément ou de manière répétitive, le nombre de consommateurs visés pris en considération pour la détermination de l'amende encourue doit être déterminé en fonction de la catégorie de consommateurs visés et du champ géographique de la pratique commerciale mise en œuvre. Lorsque plusieurs pratiques commerciales déloyales différentes ont été commises par le même professionnel, le nombre de consommateurs visés qui permet de calculer le montant de l'amende est déterminé en additionnant le nombre de consommateurs visés par les différentes pratiques commerciales déloyales.

542. Cette solution permettrait d'atteindre des amendes très importantes, qui dissuaderaient les professionnels de réaliser des pratiques commerciales déloyales. Ce mode de détermination de l'amende encourue apparaît également opportun au regard de la gravité du comportement reproché. En effet, il est moins grave de réaliser une pratique commerciale déloyale ponctuelle, comme le fait de prétendre à un consommateur isolé que le produit proposé est garanti par l'Etat pour déterminer un consommateur indécis, que de mettre en œuvre une pratique commerciale déloyale généralisée, qui tend à tromper l'ensemble des consommateurs sur les qualités des produits qui sont proposés par le professionnel. En outre, la prise en considération de l'ensemble des pratiques commerciales déloyales commises par un professionnel favorise l'effectivité de la sanction pénale, en regroupant l'examen de toutes les pratiques commerciales du professionnel à l'occasion d'un seul et même procès.

543. Enfin, il est préférable de recourir au droit pénal pour la sanction des déloyautés des professionnels et des risques que leurs pratiques font courir à la santé et à la sécurité des consommateurs. Ces comportements portent atteinte à l'intérêt général et exigent une réaction répressive exercée au nom de la société toute entière. En raison de la gravité des comportements reprochés, cette réaction ne peut s'opérer que par le droit pénal. Le recours au droit pénal évite ainsi un morcèlement de la répression des comportements antisociaux exercée par l'Etat. Il permet également, par l'application de la procédure pénale, de respecter les droits tant substantiels que processuels garantis par le procès pénal. Il évite le recours à des peines privées trop importantes dont le bénéfice reviendrait injustement à des personnes privées.

§2. L'atteinte à la réputation du professionnel

544. Pour améliorer l'efficacité dissuasive des sanctions pénales, il est également souhaitable de prévoir systématiquement les peines complémentaires qui exercent un effet dissuasif important sur les professionnels. Ce sont les peines qui ont pour effet de porter atteinte à la réputation d'un professionnel. Or, la réputation est un élément central de la prospérité de l'entreprise. Les professionnels préfèrent d'ailleurs transiger avec les consommateurs qui leur adressent des réclamations pour éviter la mauvaise publicité que leur apporterait une condamnation pénale. Il faut donc sanctionner les infractions du droit de la consommation par des mesures de publicités autour de la décision de condamnation. L'adoption de ce type de mesures est encouragée par les dispositions de la directive communautaire relative aux pratiques commerciales déloyales des professionnels vis-à-vis des consommateurs[882]. Parmi les peines complémentaires définies par la Code pénal, la peine d'affichage ou de diffusion de la décision de condamnation, dont les modalités de mise en œuvre sont définies à l'article 131-35 du Code pénal, permet d'assurer la publicité autour de la décision de condamnation. A l'heure actuelle, cette peine complémentaire est fréquemment prévue par les dispositions du Code de la consommation.

545. Sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, qui proclame le principe de la nécessité des peines, le Conseil constitutionnel a décidé que les peines automatiques, pour lesquelles les magistrats n'ont pas de pouvoir d'appréciation, sont en principe inconstitutionnelles. Par ailleurs, l'article 132-17, alinéa 1er du Code pénal, entré en vigueur le 1er mars 1994, consacre le pouvoir de personnalisation des peines détenu par les magistrats. Il semble alors que le caractère automatique de cette peine complémentaire ne puisse pas être consacré par la loi. Cependant, concernant spécifiquement l'article L. 121-4 du Code de la consommation et la peine automatique de publication du jugement de condamnation, le Conseil constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, a décidé que cette sanction n'était pas contraire à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, lorsque les magistrats ont la possibilité de dispenser le coupable de peine et

[882] Article 11-2

qu'ils ont une marge dans le choix des modalités de la sanction au regard de l'article 131-35 du Code pénal[883]. Il serait alors souhaitable d'assortir l'ensemble des décisions de condamnation des chefs de pratiques commerciales déloyales ou d'infractions en matière de sécurité des produits de cette peine complémentaire d'affichage ou de diffusion de la décision de condamnation.

546. ***Conclusion du Chapitre 1.*** Le constat est sans appel. La complexité et les incohérences et les concours de qualifications qui caractérisent le droit pénal de la consommation appellent une refonte complète de ce droit. La fragmentation du droit pénal doit cesser au profit d'incriminations pénales générales à tous les contrats de consommation. Pour cela, elles doivent être centrées autour des pratiques commerciales déloyales des professionnels. Cela permettrait en outre d'unifier les sanctions pénales et de les choisir parmi celles qui sont les plus dissuasives : la publicité autour de la décision de condamnation ainsi que la condamnation à de lourdes peines d'amende dont le montant maximal serait fixé au regard de la répétition de l'infraction pénale. Enfin, la refonte du droit pénal de la consommation autour des comportements les plus graves amènerait peut-être les parquets à avoir une politique volontaire en la matière.

[883] Cons. const., 29 septembre 2010, déc. n° 2010-41-QPC, A. DARSONVILLE, « Droit pénal : les peines accessoires et les peines complémentaires obligatoires » - 07/01/2012, *Constitutions*, 2012, p. 547.

Chapitre 2

Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions civiles

547. En droit de la consommation, l'ineffectivité des sanctions est importante. Même lorsque des sanctions sont prononcées, le caractère lucratif des fautes et la multiplicité des violations induites par la standardisation des produits proposés aux consommateurs et des contrats de consommation affaiblissent un peu plus leur effet dissuasif. La sanction intervient en considération d'un rapport de consommation unique et ni sa mise en œuvre, ni son évaluation ne prennent en considération le caractère collectif des litiges de consommation pour exercer un quelconque effet dissuasif. Il apparaît alors que la sanction des comportements contraires aux dispositions consuméristes, ou qui violent massivement les contrats de consommation, doit s'adapter aux spécificités des rapports de consommation[884]. En conséquence, en la matière, *l'inefficacité dissuasive d'une approche individuelle de la sanction civile (section 1)* s'oppose à *l'efficacité dissuasive d'une approche collective de la sanction civile (section 2).*

[884] J. CALAIS-AULOY, « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239.

Section 1. L'inefficacité dissuasive d'une approche individuelle de la sanction civile

548. La sanction est envisagée individuellement lorsqu'elle est prononcée à l'issue d'un litige qui concerne un rapport unique de consommation et lorsqu'elle profite à un consommateur individualisé. Cette approche individuelle est nécessaire, du moins dans son deuxième aspect, lorsque la fonction principale assumée par la sanction est une fonction réparatrice. En effet, pour être efficace, la sanction doit être adaptée au préjudice subi par le consommateur, elle doit donc être individualisée en fonction des particularités qu'il présente pour chaque consommateur, et ce, même si une faute unique commise par un professionnel est à l'origine de préjudices distincts pour de nombreux consommateurs. Mais les sanctions principalement réparatrices ont également vocation à participer à la dissuasion des comportements illicites. Cependant, en raison de la particularité des litiges de consommation, *la dissuasion exercée par les sanctions principalement réparatrices est particulièrement faible (§1).*

549. Pour pallier cette faiblesse et alourdir la dissuasion exercée par les sanctions prononcées au profit d'un consommateur, certains auteurs proposent d'introduire des peines privées, plus particulièrement des dommages et intérêts punitifs prononcés pour sanctionner les professionnels qui ne respectent pas les dispositions consuméristes. Pourtant l'examen d'une telle proposition conduit à conclure à *l'inadaptation des peines privées prononcées au profit d'un consommateur isolé (§2)*.

§1. La faiblesse de la dissuasion exercée par les sanctions principalement réparatrices

550. Les sanctions civiles tendant à réparer les conséquences préjudiciables de la violation des dispositions consuméristes par les professionnels sont très variées[885]. Cette diversité est adaptée à la fonction réparatrice de ces sanctions parce qu'elle permet de choisir la sanction qui répare au mieux le préjudice subi par le consommateur en rétablissant la situation qui aurait existé en l'absence de violation de l'obligation

[885] V. *supra* première partie.

sanctionnée. Les sanctions civiles, même principalement réparatrices, participent également à la prévention de la violation par la dissuasion qu'elles opèrent ou par le rappel à l'ordre qu'elles constituent. Ainsi, la nullité dissuade les parties à un acte juridique de violer les conditions nécessaires à sa validité par crainte de le voir anéanti. Cette fonction comminatoire peut être plus ou moins marquée mais elle existe toujours. Elle peut parfois être très efficace, comme pour la responsabilité civile[886].

551. Cependant, dans les contrats de consommation, la dissuasion exercée par les sanctions principalement réparatrices est particulièrement faible. Deux raisons l'expliquent. D'une part, le faible effet dissuasif des sanctions résulte de leur faible effectivité en matière de contrats de consommation[887]. Or, l'effectivité d'une mesure est la condition primordiale de l'efficacité de la dissuasion d'une sanction. L'ineffectivité des sanctions résulte de la combinaison de plusieurs facteurs. D'abord, les consommateurs ne sont pas toujours bien informés des droits que leur confèrent les dispositions consuméristes. Ils ne demandent donc pas réparation des préjudices qu'ils subissent éventuellement. L'insertion de clauses abusives dans les contrats en est un bon exemple. Il suffit d'examiner différentes conditions générales pour conclure que cette législation est peu appliquée et donc que la sanction encourue n'est pas très dissuasive. Les professionnels n'hésitent pas à en insérer dans les contrats qu'ils proposent parce qu'au pire, le consommateur lésé par la clause demande à ce qu'elle soit réputée non écrite, au mieux, il se pense lier par tous les termes du contrat et il accepte son application sans protester. Ensuite, l'inertie des consommateurs s'explique par la faiblesse du préjudice subi, appelé parfois préjudice diffus, souvent bien inférieur au coût d'un éventuel procès. Enfin, ces difficultés aboutissent au développement des modes amiables et des modes extrajudiciaires de règlement des conflits de consommation. Selon une étude de la commission européenne de 2004, 90 % des litiges de la consommation sont réglés directement à l'amiable[888]. Les mesures consenties par le professionnel à l'issue du règlement amiable d'un litige, si elles sont réparatrices pour le consommateur, ne sont pas

[886] S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris : LGDJ, 1995, n° 5 ; A. JAULT, *La notion de peine privée*, Paris : LGDJ, 2005, n° 95 et les références citées ; B. STARCK, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. Rodstein, 1947, p. 357.

[887] En ce sens : M. BORYSEWICZ, « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, Vol. 1, p. 116.

[888] *European Union citizens and Access to Justice*, European Commission, October 2004.

à proprement parler des sanctions. L'effet dissuasif de ces mesures n'est pas important parce qu'elles sont parfois moins pénalisantes pour le professionnel et surtout, parce qu'elles permettent d'éviter les mesures de publicité autour de la sanction qui porteraient atteinte à la réputation du professionnel[889]. D'autre part, la standardisation des contrats de consommation renforce la faiblesse de l'effet dissuasif des sanctions civiles principalement réparatrices. Si le préjudice subi par le consommateur est faible, le gain réalisé par le professionnel est important en raison de la multiplication des contrats de consommation. Le prononcé d'une sanction réparatrice isolée ne prive pas le professionnel du profit qu'il réalise en violant les règles protectrices des intérêts des consommateurs. Pour pallier au faible effet dissuasif des sanctions réparatrices, certains proposent d'introduire des dommages et intérêts punitifs. A la réflexion, il apparaît que les peines privées prononcées au profit d'un consommateur isolé sont inadaptées.

§2. L'inadaptation des peines privées prononcées au profit d'un consommateur isolé

552. La faible application des dispositions consuméristes résulte principalement de l'absence d'un système de sanctions efficaces, qui inciterait les professionnels à les respecter. Ce besoin de dissuasion est ressenti par le législateur, dont le caractère pénal des sanctions civiles consuméristes qu'il a adopté est fortement marqué[890], ainsi que par les juridictions qui proposent des sanctions originales dont la finalité principale est répressive[891]. Certains proposent, pour améliorer leur effet dissuasif des sanctions civiles, de recourir aux peines privées, principalement sous la forme de dommages et intérêts punitifs, afin de capter les profits réalisés par les professionnels lorsqu'ils violent les dispositions consuméristes. Ainsi, un certain *engouement en faveur des dommages et intérêts est perceptible (A*). Il semble pourtant, qu'en droit de la consommation, les peines privées sont inefficace dans le cadre d'une approche individuelle de la sanction (B).

[889] L'atteinte à la réputation du professionnel est une sanction particulièrement efficace d'un point de vue dissuasif. V. *infra* n^{os} 545 et s.
[890] V. pour la sanction de la déchéance du droit aux intérêts *supra* n^{os} 435 et s.
[891] V. pour la sanction des loteries publicitaires trompeuses *supra* n^{os} 469 et s. et pour la nullité automatique. *supra* n^{os} 471 et s.

A. L'engouement actuel pour les dommages et intérêts punitifs

553. Actuellement, un certain engouement est perceptible en faveur des dommages et intérêts punitifs. Les dommages et intérêts punitifs séduisent de plus en plus, notamment pour la sanction des fautes lucratives, et les arguments en faveur de leur introduction se développent. D'ailleurs, la plupart des propositions doctrinales de réforme du droit des obligations envisagent une telle introduction.

1. L'influence des exemples étrangers

554. Les dommages et intérêts punitifs ne sont pas inconnus de tous les systèmes juridiques. Les pays de *common law* connaissent pour la plupart des peines privées sous la forme de dommages et intérêts punitifs ou exemplaires[892]. En Grande Bretagne, certaines décisions condamnent les responsables à payer des dommages et intérêts qui exercent une fonction punitive dès la fin du XVIII[ème] siècle[893]. Ils ont vu le jour en raison de la différence sensible qui existe entre les règles de responsabilité en France et en Grande Bretagne. En droit anglais, il n'existe pas de régime général de responsabilité civile, mais une diversité des régimes en fonction des faits générateurs de dommages, appelé les *torts* : *trespass to land, assault, negligence, discrimination*… Chacun de ces cas de responsabilité répond à des règles propres, et les dommages et intérêts punitifs n'ont vu le jour que pour un nombre limité de *torts*. En 1964, l'arrêt *Rookes v. Bernard*[894] consacre l'existence des dommages et intérêts exemplaires en droit anglais, tout en limitant fortement les hypothèses dans lesquelles les juges peuvent les attribuer aux victimes. Elles sont au nombre de trois. D'abord, des dommages et intérêts exemplaires peuvent être prononcés en cas de « conduites oppressives, arbitraires et inconstitutionnelles commises par les agents du gouvernement ». Ensuite, ils peuvent être prononcés lorsque « la conduite du défendeur avait pour but de lui rapporter un avantage financier supérieur à l'indemnisation à laquelle il aurait pu être condamné ». Enfin, le

[892] Camille Jauffret-Spinosi a montré que les dommages et intérêts punitifs ont pu voir le jour dans les pays de *common law* en raison des spécificités propres à ces systèmes juridiques et notamment l'*equity*, les spécificités procédurales et, en ce qui concerne plus spécifiquement le droit de la responsabilité civile, l'existence de différents *torts* ayant chacun leur règle spécifiques. C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droits étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 8.
[893] V. notamment *Huckle v. Money* (1973), 2 *Wils. K.B.* 205, cités par S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, Paris : LGDJ, 1995, n° 43. En ce sens, v. également : Rapport p. 83.
[894] S. CARVAL, *op. cit.*, n° 45, C. JAUFFRET -SPINOSI, art. préc., p. 8.

prononcé de dommages et intérêts punitifs est parfois expressément autorisé par la loi. En outre, plusieurs conditions doivent être réunies pour que des dommages et intérêts punitifs soient attribués : « le demandeur doit être la victime directe du comportement délictueux, le pouvoir de prononcer des dommages et intérêts punitifs doit être utilisé avec circonspection pour éviter les abus, le recours à des dommages et intérêts punitifs n'est possible que si le tribunal estime que la condamnation prononcée au titre des dommages et intérêts compensatoires ne suffit pas à punir le responsable » 895. Il ressort du domaine d'application des dommages et intérêts punitifs, ainsi que de leur condition d'attribution qu'en réalité, les hypothèses dans lesquelles ils peuvent être prononcés en Angleterre sont très réduites. Cette institution apparaît principalement comme un moyen de sanctionner les atteintes aux droits et libertés des citoyens exercées par les forces de police, lorsque la réparation accordée ne suffit pas à punir le responsable.

555. Aux Etats-Unis, en revanche, le domaine des dommages et intérêts punitifs est sensiblement plus large[896]. Cependant, comme en Grande Bretagne, il n'existe pas de principe général reconnaissant la possibilité pour les juges d'allouer des dommages et intérêts punitifs à la victime, et ce quel que soit le domaine de la responsabilité. Ils sont admis de longue date dans la majorité des Etats des Etats-Unis. A l'origine, ils sanctionnaient des comportements particulièrement fautifs, commis dans l'intention de nuire, comme les propos diffamatoires, ou les arrestations et détentions arbitraires[897]. Mais depuis la fin des années soixante-dix, sous l'impulsion du très célèbre article écrit par D. Owen, *Punitive damages in products liability litigation*[898], ils se sont développés dans le domaine des dommages causés par des produits défectueux, domaine qui intéresse tout particulièrement les consommateurs.

556. L'admission des dommages et intérêts punitifs, nécessairement fondée sur une faute, ne paraissait pas aller de soi en ce domaine en raison notamment du fondement objectif de ce type de responsabilité[899]. En outre, l'allocation de dommages et intérêts punitifs dans le domaine des produits dangereux a nécessité quelques aménagements du

[895] A. VIGNON-BARRAULT, « Les dommages et intérêts punitifs ».
[896] En ce sens, C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 12.
[897] S. CARVAL, *op. cit.*, n° 90 et n° 95.
[898] D. OWEN, « Punitives damages in products liability litigation, », cité par S. CARVAL, *op. cit.*, n° 98.
[899] S. CARVAL, *op. cit.*, n^{os} 92 à 94, C. JAUFFRET-SPINOSI, art. préc.

régime des dommages et intérêts punitifs. En ce domaine, il n'est plus exigé que soit démontrée une faute commise dans l'intention de nuire à la victime, parce que celle-ci n'existe jamais. En effet, la mise en circulation d'un produit dangereux est faite dans l'intention de retirer un profit, qui est un objectif tout à fait licite, et non dans celle de causer un dommage aux utilisateurs de ce produit. Le choix opéré par les juridictions américaines est une voie médiane entre l'exigence d'une faute intentionnelle et la négligence grave. Il faut, pour fonder l'allocation de dommages et intérêts punitifs, que démontrer que la mise sur le marché d'un produit dangereux dénote « un mépris extrême de la sécurité d'autrui »[900]. Cette hypothèse permet de sanctionner les fautes lucratives comme l'illustre l'arrêt *Grimshaw v. Ford motor co*[901]. Ayant appris que certains véhicules commercialisés présentaient des défauts, la société a décidé de ne pas les rappeler pour faire les modifications nécessaires, estimant que les mesures coûteraient plus cher que l'indemnisation des victimes. La société fut condamnée à verser de lourds dommages et intérêts punitifs. C'est en ce domaine qu'ont pu être relevé des abus dans l'attribution de dommages et intérêts punitifs que l'introduction de dommage et intérêts punitifs en droit français fait craindre lorsque certains auteurs fond référence aux dérives à l'américaine. Suzanne Carval a montré dans sa thèse que cette crainte est fortement déformée par l'impression laissée par les affaires spectaculaires, et que la réalité du contentieux amène à la relativiser[902]. Toutefois, depuis quelques années, sans remettre en cause le principe ou l'existence des dommages et intérêts punitifs, la Cour suprême des Etats-Unis tend à limiter le montant des dommages et intérêts punitifs sur le fondement du quatorzième amendement de la constitution. Ils doivent être attribués en fonction de la gravité de la faute reprochée, en fonction du montant des dommages et intérêts compensatoires et en fonction de ce qui a été décidé dans des cas similaires[903].

557. Le droit québécois consacre également des dommages et intérêts punitifs. Ils ont été reconnus par le législateur dès la première moitié du XX^{ème} siècle, dans un domaine

[900] S. CARVAL, *op. cit.*, n° 107.
[901] Cité par C. JAUFFRET-SPINOSI, *op. cit.*, *LPA*, 20 novembre 2002,art. préc., p. 12, n° 232.
[902] S. CARVAL, *op. cit.*, n° 107.
[903] C. JAUFFRET-SPINOSI, « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, p. 12, n° 232.

particulier, par la loi de la protection des arbres de 1929[904]. Outre l'indemnisation du préjudice, celui qui détruit ou endommage un arbre sans l'autorisation de son propriétaire peut se voir condamner à lui verser des dommages et intérêts punitifs d'un montant maximum de 200 dollars. Puis, cette possibilité a été étendue à d'autres domaines[905], toujours spéciaux, mais moins anecdotiques. Certaines hypothèses dans lesquelles le législateur reconnait la possibilité d'allouer des dommages et intérêt punitifs sont très importantes et ont un domaine d'application très large. Ainsi, l'article 272 de la Charte québécoise des droits et libertés de la personne de 1975 introduit la possibilité d'accorder des dommages et intérêts punitifs pour toute atteinte illicite et intentionnelle aux droits et libertés qui y sont garanties. De même, la loi sur la protection des consommateurs de 1978, reconnait cette possibilité lorsqu'un professionnel enfreint les dispositions consuméristes. L'introduction d'une disposition générale prévoyant le prononcé de dommages et intérêts punitifs dans tous les domaines de la responsabilité a été envisagée, au moment de la révision du Code civil du Québec, en cas de faute intentionnelle ou de faute lourde[906]. Finalement, en 1991, lorsque le Code civil du Québec fût adopté, le législateur a préféré reprendre le principe de spécialité jusqu'alors appliqué. Ainsi, l'article 1671 du Code civil du Québec, tout en reconnaissant l'existence de dommages et intérêts punitifs, rappelle qu'ils ne peuvent être prononcés que si une disposition spéciale le prévoit[907]. L'article 1671 du Code civil du Québec tend simplement à harmoniser le mode d'attribution des dommages et intérêts punitifs lorsqu'ils sont admis par une loi spéciale. L'alinéa premier pose le principe suivant lequel le montant des dommages-intérêts punitifs est limité à ce qui est suffisant pour exercer la fonction préventive. L'alinéa second établit une liste non limitative de critères que les juges peuvent prendre en compte pour déterminer le montant des dommages-intérêts punitifs. Cet article, s'il n'établit pas un régime unique des dommages et intérêts, met en lumière leur fonction principalement préventive par la dissuasion des comportements antisociaux, exercée par

[904] P.-G. JOBIN « Les dommages punitifs en droit québécois », *in Etudes de droit de la consommation :* liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 543

[905] ROY P., « Les peines privées, rapport Canadien », *L'indemnisation,* Travaux de l'association Henri Capitant, éd. SLC, 2004

[906] P.-G. JOBIN, art. préc., p. 543.

[907] Art. 1671 C. civ. du Québec : « Lorsque la loi prévoit l'attribution de dommages-intérêts punitifs, ceux-ci ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive.

Ils s'apprécient en tenant compte de la gravité de la faute du débiteur, de sa situation patrimoniale ou de l'étendue de la réparation à laquelle il est déjà tenu envers le créancier, ainsi que, le cas échéant, du fait que la prise en charge du paiement réparateur est, en tout ou en partie, assumée par un tiers. »

la menace de leur attribution, au détriment de leur fonction punitive[908]. Pourtant, Monsieur Jobin constate que : « il serait irréaliste d'affirmer qu'au Québec [les dommages et intérêts punitifs] jouent un seul rôle »[909].

558. Au-delà des directives générales concernant la détermination du montant des dommages et intérêts, leur régime varie en fonction du domaine considérés et des dispositions légales applicables. Dans le domaine des contrats de consommation, les conditions de leur attribution sont assez souples. Depuis la loi de 1978, les juges ont la possibilité d'attribuer des dommages et intérêts punitifs aux consommateurs dès lors qu'un professionnel « manque à une obligation que lui impose la présente loi, un règlement ou un engagement volontaire souscrit en vertu de l'article 314 ou dont l'application a été étendue par un décret […] à une catégorie de commerçants »[910]. Selon Madame Roy, en raison de la rédaction du texte, les tribunaux ne devraient pas conditionner l'allocation de dommages et intérêts punitifs à la démonstration qu'ils sont justifiés en l'espèce[911]. Le recours aux dommages et intérêts punitifs apparaît alors très large dans le domaine de la consommation puisque la démonstration d'une faute intentionnelle ou d'une faute lourde n'est pas nécessaire comme dans la plupart des autres cas au Québec.

559. Les dommages et intérêts punitifs existent dans des systèmes juridiques étrangers, principalement dans des pays de *common law* (Angleterre, Etats-Unis), ou dans des pays fortement influencés par ces systèmes juridiques (Québec). Si l'approche des dommages et intérêts punitifs varient en fonction des Etats considérés aussi bien sur leur domaine d'application que sur leur mode d'évaluation, il est frappant de constater qu'aucun Etat n'a pris le parti d'une admission généralisée des dommages et intérêts punitifs dans tous les champs de la responsabilité. Dans les pays de *common law*, l'admission se fait, compte tenu de la spécificité de ces systèmes juridiques, au gré des cas ; au Québec, l'admission se fait par secteur par l'adoption de loi spéciale, l'admission d'un principe

[908] Le terme de dommages et intérêts exemplaires auraient peut-être été préférable. En ce sens, P. ROY, art. préc.
[909] P.-G. JOBIN, art. préc., p. 548.
[910] Art. 212 de la loi sur la protection des consommateurs.
[911] P. ROY, art. préc.

général ayant été refusée en 1991. Fort de ces exemples étrangers, des voix s'élèvent en France pour l'introduction de dommages et intérêts punitifs.

2. Les propositions françaises

560. Depuis un peu plus de quinze ans, les études appelant à la consécration des peines privées et à l'établissement d'un régime qui leur seraient propre se développent[912]. Le débat se cristallise principalement autour de l'éventuelle introduction des dommages et intérêts punitifs en droit positifs français. En doctrine, les avis sont partagés mais les partisans d'une telle consécration se multiplient. Les dommages et intérêts punitifs présentent en effet des intérêts indéniables. D'abord, ils assureraient une meilleure indemnisation des victimes lorsque la preuve de l'existence du préjudice est difficile ou lorsque son étendue peut difficilement être déterminée. Ensuite, ils permettraient une meilleure répression de certaines fautes qui peuvent difficilement être appréhendées par le droit pénal en raison du principe de légalité des délits et des peines. Par voie de conséquence, ils renforceraient la fonction dissuasive et normative de la responsabilité civile, mise à mal par l'objectivation qu'a connue les régimes de responsabilité civile en France depuis la fin du XIX^{ème} siècle. Ils permettraient d'établir un régime pour des peines privées qui sont prononcées de manière occultes au moyen de l'indemnisation du préjudice moral notamment, et ainsi, limiteraient l'arbitraire dans leur prononcé.

561. Ces arguments commencent à porter leurs fruits et les projets de réforme du droit des obligations envisagent une telle introduction[913]. Ainsi, l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription, plus connu sous le nom projet Catala, propose l'introduction de dommages et intérêts à l'article 1371 du Code civil[914]. Le projet Terré, fait de même en matière contractuelle, en admettant dans certains cas que l'indemnisation à laquelle peut prétendre le créancier, victime de l'inexécution dolosive du contrat, dépasse la réparation du préjudice qu'il a subi[915]. Enfin, le rapport relatif à la

[912] V les références citées *supra* note n° 689.
[913] Il est à noter que, contrairement aux autres projets ou rapports, le projet de la chancellerie ne formule pas une telle proposition.
[914] Article 1371 du projet Catala : « 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 ».
[915] Article 120 du projet Terré.

responsabilité civile déposé au Sénat le 15 juillet 2009 recommande également l'introduction d'une telle sanction.

562. Si un consensus commence à se dégager autour de l'introduction de dommages et intérêts punitifs en France, les avis sont fortement partagés en ce qui concerne les modalités de leur introduction. La première question soulevée par une telle option est celle du domaine d'application des dommages et intérêts punitifs. S'il est constant qu'ils ne peuvent sanctionner que des fautes présentant une certaine gravité, et notamment les fautes lucratives, la question est de savoir si un principe général doit admettre la possibilité pour le juge de prononcer une telle sanction dès lors que les conditions sont réunies ou si cette possibilité doit être cantonnée à certains domaines particuliers.

563. Si Geneviève Viney considère, dans l'exposé des motifs du projet Catala, que l'article 1371 « ouvre prudemment la voie à l'octroi de dommages et intérêts punitifs », l'hypothèse d'introduction envisagée est très large au regard du domaine dans lequel ils pourraient être prononcés. En effet, aucune restriction quant à la nature de la responsabilité, contractuelle ou extracontractuelle, qui pourrait s'accompagner de dommages et intérêts punitifs, ou quant aux matières concernées, n'est envisagée. La seule limitation tiendrait à la faute susceptible de fonder de tels dommages et intérêts, ils ne seraient prononcés qu'en cas de faute manifestement délibérée. Ainsi, les auteurs du projet Catala envisage une introduction généralisée des dommages et intérêts punitifs.

564. Le projet Terré, sans les nommer expressément, envisage l'introduction d'une forme de dommages et intérêts à l'article 120 du projet. Compte tenu du domaine contractuel dans lequel intervient le projet, ses auteurs limitent le prononcé des dommages et intérêts punitifs à la seule sphère contractuelle, sans se prononcer sur une éventuelle introduction en matière de responsabilité extracontractuelle. Mais au-delà, la proposition ne distingue pas suivant les matières considérées. La disposition envisagée est générale et aurait vocation à s'appliquer à tous les contrats.

565. Les auteurs du rapport relatif à la responsabilité civile déposée au sénat le 15 juillet 2009 ont une approche différente. Ils préconisent une introduction sectorielle des dommages et intérêts punitifs au regard de l'intérêt que présenterait une telle sanction dans certains domaines comme l'atteinte au droit à l'image ou l'atteinte ou droit de la

concurrence. Les rapporteurs excluent le droit de la consommation du champ d'application des dommages et intérêts.

566. La deuxième question soulevée par l'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit français concerne les comportements qui devraient être sanctionnées par de tels dommages et intérêts. Dans un premier temps, les auteurs qui se sont intéressés à la question se sont interrogés sur l'opportunité de limiter la condamnation à des dommages et intérêts punitifs des seules fautes intentionnelles, c'est-à-dire aux fautes commises dans l'intention de provoquer le dommage, ou en ayant conscience des conséquences dommageables que causerait inévitablement son comportement[916]. En effet, les dommages et intérêts punitifs présentant un caractère de peine, il est tentant de vouloir limiter leur prononcé aux comportements les plus graves. Il est très vite apparu qu'une telle limitation n'est pas forcément opportune. Cela réduirait de manière trop importante le champ des dommages et intérêts punitifs. Et la dissuasion ne pourrait pas s'exercer pour de nombreux comportements commis aux mépris des règles de droit parce que la sanction exercée par la seule réparation n'est pas en mesure de priver l'auteur du comportement de tous les avantages qu'il en espérait. En outre, le droit pénal est particulièrement indiqué pour sanctionner les fautes intentionnelles qui traduisent des comportements particulièrement graves et néfastes pour la société. De tels comportements méritent d'être marqués du caractère infamant de la sanction pénale.

567. Dès lors, sans limiter les dommages et intérêts aux seules fautes intentionnelles, deux hypothèses retiennent l'attention des auteurs préconisant l'introduction d'une telle sanction. D'abord, l'introduction des dommages et intérêt punitifs pourrait avoir lieu en cas de « faute particulièrement grave et délibérée »[917]. Les dommages et intérêts punitifs prononcés dans ces hypothèses exerceraient une fonction principalement punitive. Le projet Terré va dans cette voie en matière contractuelle. Il distingue trois situations suivant lesquelles le montant de l'indemnisation due par le débiteur varie. En principe, le montant des dommages et intérêts versés par le débiteur défaillant se limite aux seuls « dommages et intérêts qui ont été prévus ou qu'on pouvait raisonnablement prévoir lors

[916] S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris : LGDJ, 1995 n° 290 et 291
[917] G. VINEY, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2009, chron, p. 2944

de la conclusion du contrat »[918]. Cette solution est classique et réside à l'heure actuelle à l'article 1150 du Code civil. Deux exceptions à ce principe sont formulées dans le projet. D'une part, lorsque « l'inexécution du contrat résulte du dol ou de la faute lourde du débiteur », l'indemnisation du créancier n'est plus limitée au seul dommage prévisible[919]. Dans cette hypothèse, « les dommages et intérêts ne peuvent comprendre que ce qui est une suite immédiate et directe de l'inexécution ». Il s'agit donc d'étendre l'indemnisation à tous les préjudices subis par le créancier. Là encore, le projet reprend les solutions admises en droit positif. Si l'article 1151 du Code civil ne prévoit cette exclusion en cas dol du débiteur, la jurisprudence assimile depuis longtemps la faute lourde au dol[920]. D'autre part, et c'est là qu'apparaissent les dommages et intérêts punitifs, la limitation de la réparation aux seuls préjudices prévisibles est écartée en cas de dol du débiteur[921]. En ce cas, et dans cette hypothèse seulement[922], le créancier dispose d'un choix : il peut demander l'indemnisation de l'entier préjudice qu'il a subi du fait de l'inexécution en application de l'article précédent ; ou il peut demander le versement de « tout ou partie du profit retiré de l'inexécution ». Cette innovation, en détachant le montant des dommages et intérêts au créancier du préjudice qu'il a effectivement subi, introduirait des dommages et intérêts qui seraient une véritable peine privée, et pourraient ainsi être qualifiés de dommages et intérêts punitifs[923]. La proposition formulée dans le projet limite cette hypothèse aux seuls comportements dolosifs du débiteur. Il doit avoir manqué à ces obligations contractuelles dans la volonté de nuire ou créancier, ou au moins en ayant conscience des dommages que l'inexécution allait causer. Au regard des articles 119 et 120 du projet, l'allocation de dommages et intérêts punitifs ne pourrait pas être étendue aux cas de fautes lourdes du débiteur. La faute lourde permet d'écarter l'indemnisation des seuls préjudices prévisibles au profit de l'indemnisation de tous les préjudices subis par le créancier. Le dol, permet de l'écarter et d'obtenir des dommages et intérêts punitifs qui remplacent l'indemnisation à laquelle le créancier pouvait prétendre. Ensuite, l'introduction de dommages et intérêts punitifs parait particulièrement indiquée pour la sanction des fautes dites lucratives, nombreuses en droit de la consommation.

[918] Article 118 du projet.
[919] Article 119 du projet.
[920] Com., 16 novembre 2010, *Bull. civ. IV*, n° 180
[921] Article 120 du projet.
[922] En effet, la comparaison entre les articles 119 et 120 interdit cette extension.
[923] Sur la notion de peine privée et les critères de reconnaissance v. *supra* n° 87 et s. et les références citées.

568. Ce glissement de la sanction de la faute intentionnelle présentant une certaine gravité à la sanction de la faute lucrative a une influence directe sur la fonction recherchée ou exercée par les dommages et intérêts punitifs et plus généralement par les peines privées. Lorsque la faute intentionnelle présentant une particulière gravité est sanctionnée par une peine privée, il est recherché la répression d'un comportement particulièrement scandaleux. Ce qui fonde la sanction, c'est la gravité du comportement, indépendamment du dommage subi, qui ne doit pas rester impunie. La rétribution est principalement recherchée. En revanche, la sanction des fautes lucratives par des peines privées obéit à une autre logique. Le projet Terré, même s'il limite l'allocation de dommages et intérêts punitifs vise spécifiquement la sanction des fautes lucratives. En effet, leur attribution privative ne fait aucun doute puisqu'ils bénéficieraient au créancier et ne pourraient être prononcés qu'à sa demande. En outre, comme toute peine privée, ils seraient fondés sur une faute imputable, et plus particulièrement une faute dolosive. Enfin, leur évaluation serait, si le créancier le décide, indépendante du préjudice subi par le créancier mais en rapport avec le profit retiré de la violation du contrat. La mise en œuvre de cette faculté engendrerait une aggravation de la responsabilité du débiteur défaillant, parce que, bien sûr, le créancier ne déciderait de faire dépendre l'indemnisation à laquelle il a droit du profit retiré par le débiteur que si c'est plus avantageux que l'indemnisation de l'entier préjudice qu'il a subi de l'inexécution. D'ailleurs, les motivations indiquées au soutien de l'innovation proposée confirment cette analyse puisqu'elle est « destinée à sanctionner ce qu'on pourrait appeler le dol lucratif ». Derrière le terme de sanctionner, ce sont des motivations pénales qui apparaissent.

B. L'inefficacité dissuasive des dommages et intérêts punitifs dans le cadre d'une approche individuelle de la sanction

569. Malgré les avantages que l'existence de dommages et intérêts punitifs semblent présenter, les obstacles sont nombreux. L'introduction d'une telle sanction bouleverserait trop profondément le droit de la responsabilité civile en opérant une confusion entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale. En effet, même si la distinction fonctionnelle de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale n'est pas absolue, le rôle des sanctions civiles doit rester en priorité réparateur. Si les sanctions pénales n'exercent pas efficacement de sanction dissuasive, il n'est pas certain que l'introduction de dommages et intérêts punitifs bénéficiant à un consommateur isolé, ou plus

généralement à une personne privée pallie cette carence. En outre, l'introduction éventuelle de dommages et intérêts punitifs en droit français soulève des interrogations concernant le mode d'évaluation des dommages et intérêt et l'attribution des sommes.

570. Plusieurs auteurs proposent de faire dépendre le montant de la condamnation de la gravité de la faute. Cette solution fait prédominer l'aspect répressif des dommages et intérêts sur leur aspect préventif. D'autres proposent d'évaluer le montant des dommages et intérêts au regard du préjudice subi. Ce mode d'évaluation des dommages et intérêts punitifs ferait obstacle à leur efficacité dissuasive. Dans l'objectif de renforcer la dissuasion exercée par les sanctions civiles, la fixation du montant des dommages et intérêts au regard des profits que la violation de la loi a engendrée pour le professionnel serait préférable. Cependant, même si l'évaluation des dommages et intérêts est indépendante de l'étendue du préjudice, il reste que le problème principal est la multiplication des contrats. Il serait alors très difficile d'atteindre un effet dissuasif, sauf à condamner les professionnels à des sommes très élevées. Il est alors permis de douter de l'efficacité dissuasive des dommages et intérêts punitifs. Les peines privées qui existent déjà pour la sanction des dispositions consuméristes montrent bien les limites d'une telle solution. Même la déchéance du droit aux intérêts, qui est pourtant une solution très sévère pour les professionnels ne suffit pas à moraliser les pratiques des prêteurs. Les consommateurs ignorent souvent l'existence d'une telle sanction et ils n'introduisent pas d'action pour demander son prononcé. Le succès relatif de cette sanction s'explique parce qu'elle est invoquée en défense, quand le consommateur est assigné pour défaut de paiement. Les professionnels peu scrupuleux conservent alors un intérêt à méconnaître les dispositions protectrices des consommateurs en la matière afin de les encourager à souscrire un crédit.

571. L'éventuelle intégration des dommages et intérêts punitifs en droit français soulève également des interrogations sur l'attribution des sommes, particulièrement lorsqu'un fait fautif unique ou un fait répétitif a entrainé une pluralité de victimes. Une certaine injustice se fait sentir lorsqu'une personne tire profit de la violation de la loi qui lui a été préjudiciable. Cette injustice se renforce si seules les premières victimes à exercer une action en paiement de dommages et intérêts peuvent en bénéficier. C'est pourtant ce que commande l'efficacité dissuasive des dommages et intérêts punitifs adopter pour sanctionner les fautes lucratives. Il faut que les sommes attribuées à une

seule victime compensent l'inaction de centaines d'autres. En plus du sentiment d'injustice que provoque l'octroi de dommages et intérêts punitifs à une personne privée, il peut avoir un effet pervers. En effet, l'attribution de dommages et intérêt décrédibiliserait la protection accordée au consommateur. Elle apparaîtrait comme une source de profits injuste pour les consommateurs plutôt que comme une nécessité imposée par les inégalités techniques, juridiques, et financières existantes entre les parties au contrat. Le meilleur gage d'application des dispositions consuméristes n'est pas nécessairement dans l'existence de sanction dissuasive mais dans l'acceptation sociale de cette règle, c'est-à-dire dans la croyance du bien-fondé de ces règles pour la protection de l'intérêt général. Les sanctions qui ont une portée dissuasive doivent permettre d'assoir la légitimité sociale de la règle pour amener les professionnels qui ne respectent pas les dispositions consuméristes, à considérer cette législation comme naturelle et en conséquence à la respecter.

572. Face à ces difficultés, certains ont proposé que les dommages et intérêts punitifs soient versés à des fonds d'indemnisation ou au trésor public. Les dommages et intérêts punitifs s'éloigneraient des peines privées, pour se rapprocher un peu plus des sanctions pénales ou des sanctions administratives. Ce faisant, la sanction des violations des dispositions consuméristes serait appréhendée collectivement. Cette approche collective de la sanction, compte tenu de la particularité dissuasive de la sanction, est la seule à même de renforcer l'effet dissuasif des sanctions civiles[924].

Section 2. L'efficacité dissuasive d'une approche collective de la sanction civile

573. Les sanctions dans les contrats de consommation n'exercent un effet dissuasif que si elles portent atteinte à la réputation du professionnel ou si elles oblitèrent fortement les profits retirés du comportement sanctionné. Une approche individuelle de la sanction ne

[924] J. FRANCK, « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *in Etudes de droit de la consommation,* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy,* Paris : Dalloz, 2004, p. 409 ; P. ROY, « Les peines privées : Rapport canadien », *in Travaux de l'association Henri Capitant : t. 54, L'indemnisation*, Paris : SLC, 2004, p. 286.

permet pas d'atteindre ce résultat en raison de l'ineffectivité des sanctions réparatrices et des effets de masse qui multiplient les profits engendrés par les professionnels. Alors, seule une approche collective de la sanction permet d'exercer un effet dissuasif. Elle doit s'opérer de deux manières distinctes et complémentaires, en augmentant d'une part l'effet dissuasif des sanctions principalement réparatrices, et en instaurant d'autre part des sanctions spécialement adaptées à l'effet dissuasif recherché. Concernant les sanctions principalement réparatrices, leur choix doit dépendre exclusivement de l'objectif premier qui est recherché : la réparation qui doit profiter à la seule personne lésée. La dissuasion n'est qu'un effet secondaire de leur prononcé. Mais rarement appliquées et de faibles montants en raison de la faiblesse des préjudices provoqués, elles sont peu dissuasives pour les professionnels. Pourtant elles pourraient devenir très lourdes, et donc dissuasives, si elles étaient largement appliquées. Ainsi, renforcer l'effectivité des sanctions qui tendent principalement à réparer les faibles préjudices subis par les consommateurs, renforce parallèlement la dissuasion qu'elles exercent. Il faut donc faciliter au maximum l'action des consommateurs en tenant compte de la particularité des litiges de consommation et en permettant ainsi que le poids de la sanction s'alourdisse pour le professionnel en raison de la large application de la sanction[925]. L'approche collective de la sanction passe alors par l'instauration d'une *action collective (§1)* qui permet de diluer les coûts du procès parfois prohibitifs pour les consommateurs. Mais la collectivisation des actions en réparation des préjudices individuels causés par un fait unique ou par un fait répétitif d'un professionnel est insuffisante, à elle seule, à dissuader les professionnels de violer les droits des consommateurs. Il faut en outre prévoir des sanctions spécialement adaptées à l'effet dissuasif recherché[926]. Dans cette objectif, il n'est pas nécessaire d'envisager la sanction au regard d'un rapport unique de consommation. Au contraire, la sanction choisie doit tenir compte de la multiplication des violations et de la multiplication des profits engendrés pour le professionnel. Dans ce cas, l'approche collective de la sanction s'opère par l'instauration de *sanctions prononcées au nom de l'intérêt collectif des consommateurs (§2)*.

[925] R. MARTIN et J. MARTIN, « L'action collective », *JCP G*, 1984, I, 3162 : « Le rapport fractionné, de sujet à sujet n'est plus tenable dans ce domaine. Le maintenir aboutit à créer une zone de non droit, parce que la voie du juge est en fait fermée à l'un des partenaires. La loi peut créer à l'infini des droits subjectifs, il n'importe si le titulaire ne peut les imposer par la contrainte judiciaire. Le sujet passif les méprisera parce qu'il est assuré de l'impunité ».
[926] V. *supra* n^{os} 550 et s.

§1. L'action collective

574. L'action peut être qualifiée de collective lorsqu'une action unique est exercée pour obtenir la satisfaction des intérêts personnels des membres d'un groupe qui, identifiés ou non, sont représentés par l'auteur de l'action. L'objet de l'action n'est pas collectif parce que son exercice n'a pas pour but de défendre l'intérêt d'une collectivité mais il est individuel, chaque partie obtiendra la réparation de son préjudice. L'action est collective parce qu'en quelque sorte, elle permet de mutualiser les moyens en exerçant une seule action pour obtenir réparation de multiples préjudices individuels causés par une seule et même personne. L'idée d'introduire une action collective en droit français n'est pas nouvelle et le débat est vif depuis les années 1980. Les propositions sont récurrentes, influencées par les exemples étrangers, principalement la *class action* américaine[927] et le recours collectif québécois[928]. Une première proposition a été formulée par Monsieur Callabero qui envisageait l'introduction de l'action collective sous un angle processuel et préconisait une introduction générale de l'action collective, qu'elle concerne une pluralité de demandeurs ou une pluralité de défendeurs, et quel que soit le domaine de l'action. Inscrite à l'ordre du jour de l'assemblée nationale, la proposition ne fut pourtant pas suivie d'effet[929]. En raison de la standardisation tant des biens que des rapports de consommation, l'intérêt d'une action collective est particulièrement prégnant en matière de consommation pour la réparation des préjudices de masse. Ainsi, des propositions tendant à introduire une action de groupe ont été portées par des groupes de réflexion présidés par le professeur Jean Calais-Auloy sur la réforme du droit de la consommation et sur la codification du droit de la consommation[930]. Sous la pression des professionnels qui craignent des dérives à l'américaine, le législateur n'a pas repris ces propositions. Il a préféré instaurer une procédure spécifique, *l'action en représentation conjointe (A)*. Cette

[927] L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires.* Paris : LGDJ, 1997, n[os] 353 A 372 ; LAROCHE-GISSEROT F., « Les *class actions* américaines », *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 7.

[928] Le recours collectif a été introduit au Québec par la loi du 8 juin 1978. V. L. BORE, *op. cit.*, n[os] 373 à 394 ; LAFOND P.-Cl., « Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale », *RED consom.*, 1999, p. 215 ; « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 11.

[929] JOAN 1984-1985, doc. n° 2554.

[930] J. CALAIS-AULOY (dir.), *Propositions pour un nouveau droit de la consommation.* Paris : La documentation française, 1985 ; *Propositions pour un Code de la consommation*. Paris : La documentation française, 1990.

action n'est pas une véritable action de groupe et elle n'a connu que peu d'applications en raison des conditions strictes qui entourent son application. Le débat autour de l'action collective a été relancé au milieu des années 2000 et il semble aujourd'hui, notamment sous l'influence du droit communautaire, que l'on s'achemine *vers l'introduction d'une action collective en droit français (B).*

A. L'échec de l'action en représentation conjointe

575. Après plusieurs propositions tendant à introduire une action de groupe en droit français au profit des consommateurs, l'action en représentation conjointe a finalement été créée par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs. Les dispositions relatives à l'action en représentation conjointe sont désormais codifiées aux articles L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation[931]. Elle ne correspond pas véritablement à une action de groupe par laquelle une personne peut agir en justice dans l'intérêt des membres d'un groupe indéterminé. L'action en représentation conjointe ne peut être introduite que par une association de consommateurs agréée au plan national. L'action est possible lorsque « plusieurs consommateurs, personnes physiques, identifiés ont subi des préjudices individuels qui ont été causé par le fait d'un même professionnel ». Il faut pour cela que l'association de consommateurs ait été mandatée par écrit, par deux consommateurs au moins. Lorsque l'action est portée devant les juridictions pénales, elle ne représente pas les consommateurs qui lui ont donné mandat. Ces derniers gardent la qualité de partie civile. Toutefois, les règles concernant les significations et les notifications adressées aux parties civiles ont été aménagées. Elles sont adressées à l'association et non à chaque consommateur, partie civile. Lorsque l'association exerce l'action devant les juridisations civiles, les consommateurs sont représentés par l'association. Pour autant, l'acte introductif d'instance doit préciser le nom de tous les consommateurs représentés. La procédure introduite respecte au maximum les principes procéduraux du droit français, y compris le principe selon lequel « nul ne plaide par procureur » puisque le nom de tous les consommateurs qui entendent

[931] L. BORE, « L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ? », *D.*, 1995, chron., p. 267 ; R. MARTIN, « L'action en représentation conjointe des consommateurs », *JCP G*, 1994, I, 3756 ; PIZZIO J.-P., « La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », *D.*, 1992, p. 181.

obtenir réparation apparaît dans l'acte introductif d'instance. Il s'agit simplement d'un aménagement des modalités de représentation devant les juridictions françaises. En outre, chaque consommateur conserve la liberté de mener une action individuelle, même lorsqu'il a mandaté l'association. Il peut en ce cas révoquer son mandat pour exercer son action individuelle. Enfin, les consommateurs qui ont subi un préjudice causé par le même fait du professionnel et qui ne sont pas représentés à l'instance conservent la faculté d'exercer leur action individuelle en réparation, et l'issue de l'action en représentation conjointe n'a pas d'influence directe sur le succès ou non de leur action individuelle[932].

576. L'action en représentation conjointe est un échec. Un rapport d'information sur l'action de groupe déposé au Sénat en 2010 relève que seules cinq actions en représentation conjointe ont été mises en œuvre depuis la création de cette procédure[933]. L'obstacle principal s'opposant à la mise en œuvre de l'action de groupe est, selon les associations de consommateurs, un obstacle financier. Outre le coût de la gestion de dossiers, les associations de consommateurs craignent de voir leur responsabilité engagée si elles commettent une faute dans l'exercice des mandats qui leurs sont conférés, ce qui leur imposerait de payer de lourdes indemnités alors que les compagnies d'assurance refusent d'assurer ce risque[934]. Même lorsque les associations de consommateurs font preuve de volontarisme et décident de mettre en œuvre une action en représentation conjointe les conditions imposées par la loi entravent l'application de cette procédure. Les difficultés se cristallisent autour de la constitution du groupe, dont les membres sont représentés par l'association de consommateurs pour obtenir réparation de leur préjudice individuel. Les mandats doivent être donnés à l'association avant l'introduction de l'instance. Cela suppose que les consommateurs ayant subi un préjudice individuel s'organisent et se mettent en relation avec l'association avant l'introduction de l'action en représentation conjointe alors que l'un des intérêts de l'action de groupe est justement de « permettre à un individu ou à un groupement d'agir au nom d'un ensemble d'individus

[932] Elle peut avoir une influence indirecte en tant qu'élément de preuve de l'illicéité du comportement du professionnel.
[933] L. BETEILLE et R. YUNG, *Rapport d'information sur l'action de groupe*, Paris : Sénat, 2010, p. 17.
[934] L. BORE, *op. cit.*, n° 26.

inorganisés et inconnus au moment où l'action est engagée »[935]. Cette exigence réduit les possibilités d'action en représentation conjointe à la représentation de petit groupe dont les membres peuvent être identifiés[936]. Elle suppose également que l'association puisse rechercher et contacter, avant l'introduction de l'instance, les consommateurs victimes du comportement du professionnel qui désirent potentiellement se faire représenter par l'association de consommateurs pour obtenir réparation de leur préjudice individuel. Pourtant, la loi interdit une telle recherche. Les dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 422-1 du Code de la consommation interdisent aux associations de consommateurs de solliciter des mandats par « voie d'appel public télévisé ou radiophonique », ou « par voie d'affichage, de tract ou de lettre personnalisée ». Il faudrait donc que spontanément, les consommateurs victimes du comportement d'un même professionnel, s'adressent à une même association de consommateurs en vue de faire défendre leurs droits en justice. Cette disposition rend alors l'action en représentation conjointe inapplicable parce qu'elle s'oppose à ce qu'un groupe désorganisé de personnes se transforme en groupe organisé dont les membres seraient représentés en justice pour faire valoir leurs droits individuels par une seule et même association.

577. Une affaire récente illustre l'impossibilité de mettre en œuvre une action en représentation conjointe dans les conditions établies par les articles L. 422-1 et suivant du Code de la consommation. Une association de consommateurs a essayé de mener à bien une action collective en incitant des consommateurs qui avaient subi un préjudice causé par un fait unique d'un professionnel, un opérateur de téléphonie mobile, à introduire une action en réparation, pour l'un, et à intervenir à l'instance, pour les 3 751 autres. Tout commence avec une décision du Conseil de la concurrence en date du 30 novembre 2005 condamnant les trois opérateurs de téléphonie mobile présents sur le marché français au moment des faits à de lourdes amendes pour entente illicite, prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce[937]. A la suite de cette décision, l'association de consommateurs UFC Que choisir décide de mettre sur internet à disposition des

[935] D. MAINGUY et *al.*, « L'introduction en droit français des *class actions* », *LPA*, 22 décembre 2005, n° 254, p. 6.
[936] J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs (Commentaire de la loi du 5 janvier 1988) », *D.*, 1988, chron., p. 193
[937] Cons. conc., déc. n° 05-d-65, 30 novembre 2005.

consommateurs un calculateur de préjudice individuel permettant de déterminer la somme trop perçue par l'un de ces opérateurs de téléphonie mobile. Sur le même site, l'association propose aux consommateurs un formulaire de mandat, qui charge l'association, non pas d'exercer une action en représentation conjointe sur le fondement de l'article L. 422-1 du Code de la consommation, mais qui mandate l'association pour saisir un avocat qui représente le consommateur en justice dans son action individuelle en réparation du préjudice causé par l'entente illicite. Un premier consommateur introduit l'instance et assigne l'un des opérateurs de téléphonie mobile en versement de 67,20 euros de dommages et intérêts. L'association de consommateurs qui a préparé cette action intervient volontairement à l'instance pour demander 55 559 euros de dommages et intérêts en réparation du préjudice direct et indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs[938]. Elle a été imitée par 3 751 autres consommateurs, demandant réparation de leur préjudice individuel.

578. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 22 juin 2010, met fin à cette tentative d'action en commun en vue d'obtenir la réparation de préjudices individuels causés par un fait unique d'un opérateur de téléphonie mobile. Elle requalifie l'action principale et les interventions de l'association de consommateurs et des autres consommateurs en action en représentation conjointe au sens de l'article L. 422-1 du Code de la consommation et elle déclare nulles l'assignation, l'intervention volontaire de l'association de consommateurs, celles des autres consommateurs, ainsi que la procédure subséquente, pour ne pas satisfaire aux exigences de l'article L. 422-1 du Code de la consommation. La première Chambre civile de la Cour de cassation, dans un arrêt du 26 mai 2001, confirme la décision de la Cour d'appel[939]. La requalification des actions des consommateurs et de l'action de l'association de consommateurs en action en représentation conjointe, s'imposait parce que, selon la Cour d'appel, pleinement approuvée par la Cour de cassation (« a exactement retenue »), l'association était en réalité l'initiatrice de la procédure et elle avait en outre organisé et orchestré l'assignation

[938] Le comportement reproché n'étant pas sanctionné pénalement, l'association de consommateurs ne pouvait pas introduire une action en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs, mais elle ne pouvait qu'intervenir à l'instance. V. *infra* n[os] 612 et s.

[939] Civ. 1[ère], 26 mai 2011, pourvoi n° 10-15.676 ; *à paraître au bulletin* ; *CCC*, 2011, n° 8, p. 28, obs. G. RAYMOND ; *D.*, 2011, p. 1884, obs. DUPONT N. ; *RDC*, 2012, p. 151, note PELLETIER C. : *ibid.*, 2011, p. 1252, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD.

et les interventions volontaires des consommateurs. En conséquence, l'association était tenue de respecter les dispositions des articles L. 422-1 à L. 422-3 du Code de la consommation, et notamment l'interdiction de la sollicitation des mandats. En proposant un calculateur de préjudice et un formulaire de mandat sur internet, l'association de consommateurs a violé les dispositions de l'article L. 422-1, alinéa 2 du Code de la consommation. La Cour de cassation précise que « les dispositions de l'article L. 422-1 du code de la consommation, […], prohibent notamment tout appel public par moyen de communication de masse ou par lettre personnalisé ».

579. L'interprétation de cet article est sévère pour les associations de consommateurs parce qu'elle les prive de tout moyen de communication pour constituer le groupe avant l'introduction de l'instance. Par cette décision, la Cour de cassation condamne toute tentative d'action en représentation conjointe, et plus généralement toute tentative d'action collective qui ne respecterait pas les conditions établies par le Code de la consommation. Cette interprétation ne s'imposait pas nécessairement. En effet, le texte ne prohibe par « tout appel public par moyen de communication de masse » mais seulement ceux réalisés au moyen de message télévisé ou radiodiffusé ou au moyen d'affichage ou de tracts. Cette disposition fût d'abord interprétée, comme permettant d'effectuer des appels publics par voie de presse[940]. En conséquence, si seuls les moyens de communication expressément visés par le texte sont prohibés, tous les autres, y compris internet qui s'est développé après l'adoption de cette procédure, pourraient être employés. C'est l'un des arguments développés par l'association de consommateurs au soutien de son pourvoi. La Cour de cassation rejette cette analyse et retient une interprétation analogique du texte. Dès lors, tous les moyens de communication de masse, y compris les annonces dans la presse écrite, sont prohibés pour faire la publicité de l'action en représentation conjointe qui est envisagée. Cette interprétation est conforme aux méthodes d'interprétation généralement employée en matière civile[941]. En outre, la solution inverse aurait privé de toute portée les dispositions de l'article L. 422-1, alinéa 2, du Code de la consommation en mettant aux mains des associations un moyen de

[940] Cette interprétation semble conforme à l'intention initiale du législateur (L. BORE, *op.cit.*)
[941] N. SAUPHANOR-BROUILLAUD, note sous Civ. 1ère, 26 mai 2011, pourvoi n° 10-15.676, *RDC*, 2011, n° 4, p. 1257

communication aussi efficace qu'internet[942]. La solution de la Cour de cassation confirme que l'action en représentation conjointe n'est pas, dans les conditions actuelles, un outil pertinent permettant aux consommateurs lésés de faire respecter leurs droits en justice et d'obtenir réparation des préjudices de faible montant dont ils sont victimes. L'efficacité dissuasive des sanctions réparatrices reste alors nulle compte tenu de la faible effectivité des sanctions. Une réforme s'avère donc nécessaire pour introduire une véritable action de groupe en droit français.

B. Vers l'introduction d'une action collective en droit français

580. Ces dernières années, la question de l'introduction d'une véritable action de groupe en droit français a connu un regain d'actualité avec les vœux du Président de la République adressés aux français pour l'année 2005, qui affirmait la volonté politique d'introduire une action de groupe en droit français[943]. Depuis, la doctrine s'est saisie de la question, multipliant les colloques[944] et les études relatives à ce sujet[945], plusieurs études et rapports officiels ont été rendus[946]. La crise économique semble avoir suspendue le processus d'introduction de l'action de groupe en France alors qu'il semble que l'Union européenne envisage d'introduire une procédure d'action collective en Europe tant pour réparer les dommages causés par des atteintes au droit de la concurrence que pour réparer les dommages de masse subis par les consommateurs[947] et que les initiatives des états

[942] *Ibid.*
[943] J. CALAIS-AULOY et H. TEMPLE, *Droit de la consommation*. 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, n° 561.
[944] *Les* « class actions » *devant le juge français : rêve ou cauchemar ?* Colloque du 18 novembre 2004 à Paris publié dans *LPA*, 10 juin 2005, n° 115.
[945] V. notamment parmi une littérature abondante : S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *D.*, 2005, p. 2180 ; J. LAFFINEUR, « Les impacts socio-économiques de l'action collective : éléments de réflexion appliqués au contexte de l'Union européenne », *RED consom.*, 2007-2008, p. 44 ; D. MAINGUY, « A propos de l'introduction de la *class action* en droit français », *D. aff.*, 2005, p. 1282 ; D. MAINGUY et *al.*, « L'introduction en droit français des *class actions* », *LPA*, 22 décembre 2005, n° 254, p. 6 ; SCOURTI N. et ROUVEURE I., « Les recours collectifs pour les consommateurs », *RED consom.*, 2010, p. 603 ; SIBONY A.-L., « Les actions collectives en droit européen : cent fois remettre sur le métier… », *RED consom*., 2010, p. 577.
[946] L. BETEILLE et R. YUNG, *Rapport d'information sur l'action de groupe*, Paris : Sénat, 2010 ; G. CERUTTI et M. GUILLAUME, *Rapport sur l'action de groupe,* Paris : Ministère de la Justice, 2005, 71 p ; *Les actions de groupe*. Paris : Sénat, 2010, 52 p., (Documents de travail du Sénat. Législation comparée).
[947] *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position* dominante. COM(2008) 165 final. *Livre vert sur les recours collectifs pour les consommateurs*. COM(2008) 794 final.

membres de l'Union européenne en ce sens se multiplient[948]. Un consensus semble se dessiner dans la doctrine sur l'opportunité d'introduire une véritable action de groupe en droit français. De nombreuses propositions sont formulées. Elles ne se contentent pas de préconiser l'introduction pure et simple d'un modèle existant dans un autre système juridique mais elles préconisent l'introduction d'une action de groupe « à la française », adaptée au système juridique français. Pourtant, l'introduction d'une action de groupe ne fait pas l'unanimité en France et son opportunité est discutée. Les objections sont de deux ordres. Les unes sont formulées par les représentants des entreprises et remettent en cause la pertinence économique de ce projet. Les autres sont juridiques et soulèvent les incompatibilités que présente l'action de groupe avec le système juridique français. Les nombreuses études relatives aux actions collectives et les exemples étrangers, notamment le recours collectif du Québec qui s'inscrit dans un système juridique similaire au notre, ont montré que les dangers que présente l'introduction d'une action collective efficace en droit français sont largement surévalués. *L'introduction de l'action de groupe semble pertinente (1)* d'un point de vue politique et *compatible avec le système juridique français (2).*

1. La pertinence politique de l'action de groupe en droit français

581. L'action de groupe trouve son origine lointaine dans l'Angleterre entre les XIV^{ème} et XVII^{ème} siècles[949]. Elle est d'abord une procédure qui facilité la mise en œuvre de la procédure. Elle présente une utilité procédurale pour tous les litiges dans lesquels il y a une pluralité de demandeurs ou une pluralité de défendeurs qui ont les mêmes intérêts. L'action de groupe n'est pas toujours une réponse adaptée aux difficultés des consommateurs lorsqu'ils contractent avec des professionnels. Mais en certains domaines, elle paraît particulièrement adaptée pour la réparation des dommages de masse. Ainsi, l'action de groupe serait très utile pour la réparation des dommages causés par l'insertion d'une clause abusive dans un contrat stéréotypé ou pour la mise en œuvre de la responsabilité du fait des produits défectueux. Elle est également une procédure qui

[948] Pour une présentation de ces différentes législations v. *Les actions de groupe.* Paris : Sénat, 2010, 52 p. (Documents de travail du Sénat. Législation comparée). J. PEGADO LIZ, « Les premiers pas de l'action collective au Portugal », *RED consom.*, 1994, p. 176.
[949] P.-Cl. LAFOND, « Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale », *RED consom.*, 1999, p. 215

participe à la justice sociale en participant à la dissuasion des comportements antisociaux et en augmentant l'efficacité dissuasive des sanctions[950].

582. Malgré l'évidente utilité procédurale que possède l'action de groupe, certaines objections sont formulées à l'encontre de son introduction en raison des dangers qu'elle ferait courir à l'économie française. Les objections économiques émanent principalement des représentants des entreprises[951]. Ils craignent que l'introduction d'une procédure d'action de groupe s'accompagne des dérives constatées aux Etats-Unis : condamnations excessives et injustes des entreprises, chantage aux procès pour imposer des transactions, confiscation des dommages et intérêts par de grands cabinets d'avocats… Elles entraîneraient une augmentation des primes d'assurance, et par voie de conséquence des prix des produits proposés aux consommateurs. L'existence de cette procédure constituerait alors un obstacle à la compétitivité des entreprises françaises voire aboutirait à la faillite de certaines entreprises. Le montant exorbitant des dommages et intérêts s'explique en partie par le système de l'*opt out*, existant aux Etats-Unis pour la constitution du groupe représenté par l'action. Les membres du groupe qui n'ont pas expressément manifesté leur intention de quitter le groupe sont automatiquement représentés à l'instance. Ils peuvent choisir d'en sortir pour conserver leur action individuelle. Cette méthode permet de constituer des groupes très importants. Les dommages et intérêts sont calculés au regard des préjudices subis par tous les membres du groupe qu'ils se soient manifestés ou non. Mais les dérives constatées aux Etats-Unis n'ont pas pour seule source la procédure de *class action*. Elles s'expliquent également par d'autres spécificités du système juridique américain, comme la possibilité de condamner le professionnel à verser des dommages et intérêts punitifs, appelés *punitives damages*[952], qui alourdissent encore la dette de l'entreprise ; l'existence de jury populaires en droit civil qui fixent le montant de ces dommages et intérêts et qui sont souvent très généreux avec les victimes ; et dans une certaine mesure, le mode de rémunération des avocats[953]. Par conséquent, les *class actions* projetées contre les grandes entreprises sont très nombreuses. Elles ne sont pas toujours justifiées mais les professionnels préfèrent souvent

[950] *Ibid*. spéc. p. 236-237.
[951] L. BETEILLE et R. YUNG, *Rapport d'information sur l'action de groupe*. Paris : Sénat, 2010, p. 27.
[952] V. *supra* n[os] 554 et s.
[953] L. BETEILLE et R. YUNG, *op. cit.*, p. 30.

transiger, pour éviter les effets désastreux qu'aurait un éventuel procès sur leur réputation ou sur leur solidité financière. Elles opèrent alors un effet confiscatoire qui n'est pas toujours fondé et qui peut avoir des conséquences désastreuses sur la santé de l'entreprise.

583. En période de crise économique, le législateur est particulièrement sensible à ces objections. Alors qu'il était engagé dans un processus d'introduction de l'action de groupe en droit français, il hésite désormais à introduire une telle action[954]. Toutefois, les risques de voir se reproduire en France les dérives constatées aux Etats-Unis sont limités dans le système juridique français, qui est sensiblement différent du système américain. D'abord, le système de l'*opt out* n'est pas le seul possible, et les propositions, tant françaises qu'européennes, s'orientent plutôt vers le système de l'*opt in*. Ensuite, la profession d'avocat est bien plus encadrée en France qu'aux Etats-Unis, le démarchage est interdit[955] et les honoraires des avocats sont limités[956]. Enfin, les dommages et intérêts punitifs n'existent pas en France et il appartient aux magistrats de fixer le montant de la réparation due. Ainsi, les dérives constatées aux Etats-Unis, véritablement néfastes pour l'économie, sont tout à fait surmontables, en maintenant un encadrement strict de la rémunération des avocats et en refusant l'allocation de dommages et intérêts punitifs prononcés aux profits des consommateurs individuels. D'ailleurs, l'action de groupe a été introduite dans de nombreux Etats sans qu'elle aboutisse à une remise en cause de la compétitivité ou de la pérennité de ses entreprises[957].

584. En revanche, il ne faut pas craindre les conséquences économiques, qualifiées de néfastes par les professionnels, que pourrait avoir l'exercice d'action de groupe sur l'activité des entreprises, quand elles résultent de la réparation des préjudices individuels réellement subis par des centaines voire des milliers de consommateurs. Cette considération ne doit pas être un obstacle à l'introduction d'une action de groupe en

[954] Monsieur Novelli, alors secrétaire d'Etat chargé du commerce, de l'artisanat, des petites et moyennes entreprise, du tourisme, des services et de la consommation, a précisé en 2009 que la sortie de la crise économique est l'un des préalables à l'introduction de l'action de groupe en France. La situation évoluera peut-être dans les prochains mois, le 10 septembre 2012, Monsieur Hamont, Ministre chargé de l'économie sociale et solidaire et de la consommation, a déclaré qu'un projet d'action de groupe serait déposé au printemps 2013.

[955] Art. 161, al. 2, du décret n° 91-1197 du 27 novembre 1991 « tout acte de démarchage ou de sollicitation est interdit à l'avocat ».

[956] Question à lier avec celle des honoraires d'avocats. (Interdiction actuelle de fixer la rémunération des honoraires sur le résultat judiciaire, honoraires complémentaires).

[957] L. BETEILLE et R. YUNG, *Rapport d'information sur l'action de groupe*, Paris : Sénat, 2010, p. 28 et 29.

France, mais elle doit au contraire inciter à son introduction. En effet, un des bénéfices de l'action de groupe est de renforcer la prévention exercée par les sanctions principalement réparatrices parce que « tout en demandant pour leur propre compte réparation d'un dommage, [les victimes] contribuent, d'un point de vue systémique, à la dissuasion »[958]. L'introduction de l'action de groupe participerait alors à la régulation de l'économie en favorisant le respect des règles imposées aux professionnels. Si le succès d'une action de groupe peut avoir pour conséquence de mettre en difficulté un professionnel ou, au moins, de lui coûter plus cher que le respect de la loi, alors il sera naturellement incité à la prudence et à se conformer aux règles juridiques. En outre, la publicité qui sera nécessairement faite autour des actions de groupe et qui portera atteinte à la réputation des professionnels les encouragera d'autant plus à respecter les dispositions consuméristes. Mais il ne faut pas oublier que le rôle des sanctions civiles est d'abord de réparer les conséquences préjudiciables provoquées par le comportement fautif d'un professionnel. Dans cette perspective, l'introduction de l'action de groupe est également bénéfique parce qu'elle offre aux consommateurs une voie de droit effective pour obtenir la réparation de leurs préjudices individuels. Actuellement, les faibles préjudices subis par les consommateurs sont rarement réparés en raison de la complexité et du coût des procès. L'action de groupe permet de laisser le soin à une personne de mener à bien le procès et de diminuer les coûts du procès. Ainsi, l'action collective, en améliorant sensiblement les conditions d'accès des victimes de dommages de masse à la justice pour obtenir réparation de leur préjudice individuel améliore l'effectivité de ces sanctions et par voie de conséquence leur effet dissuasif en privant d'effet la violation de la loi commise par le professionnel.

585. Parce qu'elle améliore la réparation des préjudices individuels subis par les consommateurs et parce qu'elle renforce le rôle dissuasif rempli par les sanctions civiles principalement réparatrices, l'introduction de l'action de groupe paraît particulièrement opportune en droit français et spécialement dans le domaine du droit de la consommation. Mais son introduction ne doit pas se faire à n'importe quelles conditions. Il faut que la procédure prémunisse les entreprises des dérives constatées aux Etats-Unis. En outre, son introduction ne doit pas sacrifier les principes fondamentaux de la procédure civile. Les

[958] A.-L. SIBONY, art. préc., p. 578.

différentes propositions formulées en ce sens ont montré qu'il est possible de concevoir une action de groupe compatible avec le système juridique français.

2. La compatibilité de l'action de groupe avec le système juridique français

586. Parmi les obstacles juridiques de la mesure, ses détracteurs avancent son incompatibilité avec les principes constitutionnels[959] et européens[960], ainsi qu'avec les principes du droit civil et de la procédure civile française[961] tels que notamment le principe « Nul ne plaide par procureur »[962], l'autorité relative de la chose jugée, et la prohibition des arrêts de règlement[963]. Mais à l'étude, aucun de ces principes ne s'oppose avec fermeté à l'introduction de l'action de groupe en droit français. Il est possible d'imaginer une procédure d'action de groupe qui s'intègrerait harmonieusement dans notre système juridique Les différentes procédures d'action de groupe proposées prennent en compte les difficultés économiques et juridiques que pourrait provoquer leur introduction. Si elles présentent des différences, un schéma général, conforme à la proposition formulée dès les années 1980 par Monsieur Calais-Auloy[964], semble acquis.

587. La procédure d'action de groupe envisagée comprend plusieurs phases. La première phase est « une action exercée dans l'intérêt d'un groupe indéterminé de consommateurs »[965] et doit aboutir à un « jugement en responsabilité pour préjudice de

[959] Cons. const., 25 juillet 1989, déc. n° 89-257 : Condition pour la class actions, 1. Au moment de l'introduction de l'instance, le représenté « ait été mis à même de donner son assentiment en connaissance de cause », 2., au moment de de la conduite de l'instance, le représenté doit « conserver la liberté de conduire personnellement la défense de ses intérêts », 3, concernant de l'extinction de l'action, le représenté doit avoir la faculté de mettre un terme à l'action

[960] CEDH, arrêt Chassagnou c. France, 29 avril 1999 : condamnation de l'adhésion forcée à une association

[961] S. GUINCHARD, *op. cit.*,

[962] Sur la signification du principe nul ne plaide par procureur. F. CABALLERO, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.*, 1985, p. 247. Selon l'auteur, cette règle est une « règle technique permettant à un plaideur de connaître son adversaire »». Elle induit des exigences principalement substantielle : « Si tant est que la maxime ait jamais eu valeur de règle de forme – ce qui se discute –, il est désormais acquis qu'elle est aujourd'hui *une règle de fond destinée à vérifier que le représentant d'une ou plusieurs personnes dispose bien du pouvoir – et partant de la qualité – pour agir à leur place*. » n° 9. Elle ne s'oppose pas en théorie à l'admission d'une action collective : « La vraie difficulté est de pouvoir réunir derrière un représentant unique une somme de réclamation individuelles dont les titulaires sont trop nombreux ou trop dispersés pour satisfaire aux conditions jurisprudentielles d'un mandat régulier » n° 12.

[963] D. MAINGUY, « A propos de l'introduction de la *class action* en droit français », *D. aff.*, 2005, p. 1282.

[964] *Propositions pour un Code de la consommation*, Paris : La documentation française, 1990 ; art. 273 et s.

[965] J. CALAIS-AULOY, *Droit de la consommation*. 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010.

masse »[966]. Le litige opposerait donc le professionnel et un représentant du groupe[967] composé des personnes qui ont subi un préjudice causé par une faute unique ou répétitive du professionnel. L'objet du litige au cours de cette première étape de la procédure concerne exclusivement la question de la responsabilité du professionnel. Le représentant du groupe doit donc démontrer que les conditions de la sanction sont réunies, tant au regard du fait générateur qu'au regard du dommage, c'est-à-dire qu'il doit démontrer la faute d'un professionnel, unique ou répétitive, ainsi que l'existence d'un préjudice de masse, c'est-à-dire un préjudice composé des « préjudices individuels multiples nés d'un même fait et concernant des victimes connues ou indéterminées, mais déterminables »[968]. La démonstration de la preuve du manquement du professionnel ne soulève pas de difficultés parce qu'elle obéit aux conditions de fond habituelles. Mais la démonstration de l'existence d'un préjudice de masse présente des particularités par rapport à la démonstration de l'existence d'un dommage à l'occasion d'un litige individuel. Alors que l'existence du dommage est généralement appréciée *in concreto*[969], l'existence d'un dommage ne peut être appréciée qu'*in abstracto* en se référant à un membre moyen du groupe de personnes représentées. Cette déformation du mode d'appréciation du dommage n'est pas un obstacle à l'introduction de l'action de groupe en droit français. Elle correspond à la problématique des dommages de masse causés par un fait unique ou par des faits répétitifs. Cela n'exclut pas toute individualisation de la sanction par rapport au préjudice qui, sera apprécié *in concreto* par la suite.

588. A la suite du jugement qui reconnait la responsabilité du professionnel, le jugement est publié largement pour que les membres du groupe puissent, s'ils le désirent et pendant un certain délai, se faire connaître pour obtenir réparation de leur préjudice individuel. Les autres victimes ne verront pas leur droit d'action individuelle éteint. Elles devront prouver la responsabilité de l'entreprise. Mais cette preuve sera facilitée par la production du jugement de responsabilité pour préjudice de masse qui, s'il ne lie pas les juges est un élément de preuve. La dernière phase de la procédure concerne

[966] S. GUINCHARD, « Une *class action* à la française ? », *D.*, 2005, p. 2180
[967] La question des personnes autorisées à représenter un groupe est délicate et dépend du champ d'application de la procédure d'action de groupe.
[968] C. DREVEAU « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ*., 2001, p. 249.
[969] N. DEJEAN de la BATIE, *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français.* Paris : LGDJ, 1965, *passim.*

l'individualisation de la sanction au regard des préjudices individuels subis par les membres du groupe. La procédure envisagée est originale. En effet, elle oscille entre le système de l'*opt out* parce que tous les membres du groupe pourront bénéficier, le cas échéant, du jugement reconnaissant la responsabilité du professionnel pour préjudice de masse sans avoir à indiquer au préalable leur volonté d'intégrer le groupe, et le système de l'*opt in* parce qu'aucun des membres du groupe ne sera lié par le jugement s'il n'a pas demandé à en bénéficier.

589. Les avantages de la procédure proposée sont nombreux. D'abord, elle limite fortement le risque, pour le demandeur de voir sa responsabilité délictuelle engagée pour dénigrement puisque la publicité autour de l'action de groupe est effectuée alors que la responsabilité du professionnel est déjà reconnue en justice. Ensuite, la publicité autour de l'action est déjà une sanction pour le professionnel qui présente un fort aspect dissuasif[970]. Enfin, en améliorant l'effectivité des sanctions réparatrices, elle alourdit la sanction du professionnel et engendre un effet dissuasif. Mais la procédure d'action de groupe proposée par les groupes de travail présidés par Monsieur Calais-Auloy, devait également permettre d'agir en indemnisation des préjudices diffus, c'est-à-dire des préjudices minimes pour chaque consommateur mais qui engendre des bénéfices très importants pour le professionnel, la possibilité de prononcer des dommages et intérêts globaux attribués à un fonds d'aide aux consommateurs créé à cet effet.

§2. La sanction prononcée au nom de l'intérêt collectif des consommateurs

590. La prise en compte, dans un objectif dissuasif, de la multiplication des violations du droit de la consommation par les professionnels en raison de la standardisation des biens de consommation et des contrats de consommation peut s'effectuer par le prononcé de sanctions collectives. La sanction peut être qualifiée de collective lorsqu'elle est prononcée en raison de la lésion portée à un intérêt collectif et pour la défense de cet intérêt. L'étude des sanctions collectives de la violation des dispositions consuméristes suppose au préalable de définir la notion d'intérêt collectif. Ce n'est pas une tâche aisée

[970] V. *supra* n[os] 544 et s.

parce que la notion d'intérêt est complexe en raison de la haute subjectivité qui lui est attachée et donc de sa variabilité en fonction du sujet de droit auquel il se rattache. L'originalité de l'intérêt collectif, et c'est ce qui rend cette notion presque insaisissable, est qu'il ne se rattache pas à une personne mais à une collectivité de personnes, dénombrables ou non, définies ou non et qui ont conscience ou non d'appartenir à cette collectivité. Dès lors, la collectivité dont l'intérêt est défendu par le prononcé de la sanction ne dispose pas de la personnalité juridique, et à ce titre, ne peut pas ester en justice. Il est donc difficile d'appréhender un intérêt, dont le contenu dépend de la personne à qui il se rattache, qui concerne une entité non personnifiée. Positivement, l'intérêt collectif correspond à l'intérêt partagé par les membres d'une collectivité. Cependant, l'intérêt collectif est défini principalement négativement, il ne se confond ni avec l'intérêt des membres qui composent la collectivité, ni avec l'intérêt général[971].

591. La distinction entre l'intérêt général, qui correspond au bien commun recherché par tous les membres qui composent la société, et un intérêt collectif n'est pas toujours facile à opérer. Certains auteurs considèrent d'ailleurs que les intérêts collectifs sont une fraction de l'intérêt général lorsque les valeurs qui les composent se rapprochent de celles qui composent l'intérêt général[972]. En effet, l'intérêt général et les intérêts collectifs présentent de fortes similitudes parce qu'ils se rattachent tous à une entité abstraite, composée de différentes personnes qui ont le plus souvent des intérêts personnels divergeant mais dont les intérêts se rejoignent dans un intérêt commun qu'est l'intérêt général ou un intérêt collectif. Ainsi, Monsieur Boré a montré, dans sa thèse consacrée à *La défense des intérêts collectifs par les associations de consommateurs devant les juridictions administratives et judiciaires* qu'il n'existe pas de défense de nature entre l'intérêt général et les autres intérêts collectifs[973]. La différence est une différence d'objet : la défense de l'intérêt général poursuit le bien de la société tout entière, alors que la défense d'un intérêt collectif ne concerne qu'une catégorie de personnes. Mais là

[971] L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*. Paris : LGDJ, 1997.
[972] R. MARTIN et J. MARTIN, « L'action collective », *JCP G*, 1984, I, 3162 : « L'intérêt collectif n'est en définitive qu'une part éclatée de l'intérêt général » ; G. A. LIKILLIMBA, « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *RTD com*., 2009, n° 44.
[973] L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*. Paris : LGDJ, 1997. V également : C. DREVEAU « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ*., 2001, p. 249.

encore, la différence n'est pas totale parce que des intérêts catégoriels qui ne concernent qu'un petit groupe, font parfois partie de l'intérêt général, tandis qu'un intérêt collectif, comme l'intérêt de la collectivité des consommateurs, peut concerner un grand nombre de personnes, voire tous les membres de la société, et être un des intérêts qui composent l'intérêt général[974]. Monsieur Boré en conclut que la différence principale entre intérêt général et intérêt collectif est matérielle. Elle réside dans la personne qui défend cet intérêt en justice. Lorsque l'action est menée par l'Etat, représenté par le ministère public, ou par une personne publique, alors l'intérêt défendu est l'intérêt général. Lorsque l'action est menée par une personne privée, alors l'intérêt défendu est un intérêt collectif[975]. En droit de la consommation cette dualité se retrouve. Par exemple, la commission d'une infraction pénale porte atteinte non seulement à l'intérêt général mais également à l'intérêt collectif des consommateurs[976]. Les sanctions pénales sont alors la principale forme de sanctions collectives. S'il est possible de renforcer l'effet dissuasif des sanctions pénales, elles sont insuffisantes.

592. Le législateur a conscience que les atteintes aux droits des consommateurs ne sont pas appréhendées de manière satisfaisante par un traitement isolé et qu'une réponse collective s'impose. Les consommateurs forment, souvent sans en avoir conscience, une collectivité. A ce titre, ils ont des intérêts convergents, qui composent ce qui est reconnu et qualifié par la loi « d'intérêt collectif des consommateurs »[977]. Les associations de consommateurs apparaissent comme les défenseurs naturels de l'intérêt collectif des consommateurs. Elles se sont vues accorder le droit d'agir en justice pour la défense de ces intérêt par la loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 dont l'article 46, alinéa 1er, disposait « les associations régulièrement déclarées ayant pour objet statutaire explicite la défense des intérêts des consommateurs, peuvent, si elles sont agréées à cette fin, exercer devant toutes les juridictions l'action civile relativement aux faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt des consommateurs ». En raison des difficultés de sa mise en œuvre et de la jurisprudence contradictoire à laquelle elle a donnée naissance, notamment sur la possibilité de prononcer, outre la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif

[974] Cette convergence de l'intérêt général et des intérêts collectifs s'explique en grande partie par la diversité des valeurs et des intérêts, parfois contradictoires qui composent l'intérêt général.
[975] L. BORE, *op. cit.*, n° 12.
[976] Crim., 22 août 1990, pourvoi n° 86-92.614 ; *Bull. crim.*, n° 306.
[977] Art. L. 421-1 du Code de la consommation.

des consommateurs, des mesures préventives comme la mise en conformité des contrats[978], les dispositions furent modifiées par 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[979]. Elle substitua à l'action unique créée par la loi de 1973, deux actions distinctes, également appelées actions d'intérêt collectif : une action en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs, qui peut aboutir à l'octroi de dommages et intérêts à l'association de consommateurs et au prononcé de mesures destinées à faire cesser les agissements illicites du professionnel condamné, et une action en suppression des clauses abusives, devenue plus généralement, depuis l'ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, une action en cessation d'agissements illicites. Les dispositions relatives aux actions en justice des associations agréées de consommateurs sont désormais codifiées aux articles L. 421-1 et suivants du Code de la consommation.

593. L'introduction de ces actions au profit des associations de consommateurs est une réponse au caractère collectif des litiges de consommation qui, même lorsqu'ils sont individuels, s'inscrivent le plus souvent dans une violation répétée du droit de la consommation. Elles tendent à exercer une fonction préventive. D'une part, l'action en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs tend à prévenir les atteintes aux droits des consommateurs en exerçant un effet dissuasif sur les professionnels. L'objectif affiché avec cette action est que les associations de consommateurs viennent compléter l'action du ministère public particulièrement quand il n'a pas agi[980]. Elle a donc un potentiel dissuasif élevé parce qu'envisagée collectivement, la sanction peut être adaptée plus facilement à cet objectif en prenant en considération l'ensemble de la situation. D'autre part, quand l'effet dissuasif a échoué, l'action en cessation d'agissements illicites tend à prévenir la réalisation du dommage pour les consommateurs. Pour assurer efficacement la prévention, *les conditions des sanctions*

[978] A. MORIN, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *RED consom.*, 1991

[979] Sur cette loi v. notamment : J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.*, 1988, p. 193 ; L. BIHL « La loi du 5 janvier sur l'action collective des organisations de consommateurs », *Gaz. Pal*., 1988, doctr., p. 268 ; G. VINEY, « Un pas vers l'assainissement des pratiques contractuelles : La loi de 5 janvier 1988 relative aux actions en justice des associations agrées de consommateurs », *JCP G*, 1988, II, 3355.

[980] S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile : Droit interne et droit communautaire*, 29ème éd., Paris : Dalloz, 2008 ; A. MORIN, art. préc., p. 19.

prononcées dans l'intérêt collectif des consommateurs (A) ainsi que *la mise en œuvre de l'action d'intérêt collectif (B)* doivent être adaptées à l'objectif recherché.

A. Les conditions des sanctions prononcées dans l'intérêt collectif des consommateurs

594. Quelle que soit l'action introduite par une association de consommateurs et quelle que soit la sanction demandée, elle se fonde sur l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Sa mise en œuvre suppose donc qu'existe une *lésion de l'intérêt collectif des consommateurs (1)*. Suivant l'action introduite, *différentes sanctions peuvent être prononcées (2)*, allant de la cessation du comportement illicite jusqu'au paiement de dommages et intérêts, en passant par la diffusion de la décision.

1. La lésion de l'intérêt collectif des consommateurs

595. A propos de l'intérêt collectif des consommateurs, la Cour de cassation a rappelé dans un arrêt de la Chambre criminelle rendu le 8 avril 1999, que, comme tout préjudice collectif, il se distingue « à la fois du préjudice matériel de chacun [des membres de la collectivité] et du préjudice social relevant de l'action publique »[981]. Il est difficile de percevoir la différence substantielle de l'intérêt collectif, dont les associations de consommateurs peuvent exercer la défense en justice, et de l'intérêt général[982]. Il se distingue plus substantiellement des intérêts personnels des consommateurs d'une part et de l'association de consommateurs qui exerce une action en justice pour sa défense d'autre part.

596. L'intérêt de la collectivité des consommateurs se rapproche de l'intérêt personnel de chaque consommateur. En effet, la poursuite de l'intérêt collectif d'un groupe de personne, si elle s'oppose dans un premier temps aux intérêts personnels de certains, devrait finalement profiter à tous[983]. Toutefois, si des convergences existent, l'intérêt collectif ne se confond pas avec les intérêts personnels des consommateurs. Cette indépendance se manifeste de deux manières. D'abord, l'intérêt collectif des

[981] Crim., 8 avril 1999, pourvoi n° 98-84.539, Inédit.
[982] V. *supra* n° 591.
[983] En ce sens : L. BORE, *op. cit.*, n° 11.

consommateurs n'est pas le plus petit dénominateur commun des intérêts personnels des consommateurs. Il ne comprend pas les seuls intérêts partagés par tous les consommateurs. En raison de la divergence des intérêts personnels des consommateurs, cette conception entraînerait une vision trop restrictive de l'intérêt collectif des consommateurs et paralyserait l'action des associations de consommateurs. L'exemple de la revente à perte est, à ce titre, significatif. Personnellement, chaque consommateur a intérêt à ce que des professionnels pratiquent la revente à perte afin d'obtenir des produits à un prix inférieure à leur valeur sur le marché. Pourtant la jurisprudence admet que l'exercice de la revente à perte heurte l'intérêt collectif des consommateurs[984]. En effet, selon la Cour d'appel de Riom, « la revente à perte occasionne bien un préjudice dans la mesure où il a pour objet d'affaiblir la concurrence et de diriger les consommateurs ainsi trompés vers des produits à marge élevée »[985]. Ensuite, l'intérêt collectif n'est pas la somme des préjudices personnels des consommateurs. Ainsi, il ne se confond pas avec le préjudice diffus défini comme la « somme de préjudices individuels, que l'on présume existants mais qu'il est impossible d'identifier »[986]. Cela implique que la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs ne dépend pas de la lésion de l'intérêt personnel d'un consommateur. Malgré tout, le nombre de consommateur lésé et l'étendue de leur préjudice sont souvent pris en considération à titre de preuve de l'existence de la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs et ils sont des éléments d'évaluation de l'indemnité réparatrice[987].

597. L'intérêt collectif des consommateurs se distingue également l'intérêt personnel de l'association agréée pour le défendre en justice. L'association de consommateurs, lorsqu'elle dispose de la personnalité juridique, a des intérêts propres, matériels et moraux, qu'elle peut défendre en justice en demandant réparation des atteintes qui y sont portées. Il existe parfois une certaine confusion dans la jurisprudence entre l'intérêt collectif des consommateurs et l'intérêt personnel de l'association de consommateurs qui exerce une action d'intérêt collectif. Cette confusion découle d'abord du fait que les dommages et intérêts qui sont prononcés, le cas échéant, pour la réparation du préjudice

[984] Crim., 10 octobre 1996, pourvoi n° 95-80.226 ; *Bull. crim.*, n° 358.
[985] CA Riom, Ch. des appels correctionnels, 13 septembre 2007, RG n° 07/00071.
[986] A. MORIN, art. préc., p. 19.
[987] V. *infra* n° 605.

direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs bénéficient à cette association. Elle découle ensuite du fait que la défense de l'intérêt collectif des consommateurs est une composante de l'objet statutaire des associations de consommateurs pouvant exercer une action en justice d'intérêt collectif. Dès lors, l'intérêt personnel de l'association de consommateurs converge vers l'intérêt collectif des consommateurs. Il en résulte que la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs lèse également l'intérêt personnel de l'association de consommateurs qui tend à le protéger. Ainsi, outre le préjudice collectif qui en découle, la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs provoque un préjudice personnel pour l'association de consommateurs. D'une part, le préjudice personnel des associations de consommateurs est constitué par un préjudice moral qui consiste en l'atteinte aux valeurs défendues par l'association telles que définies dans son objet social. La proximité de ces deux intérêts est telle qu'il peut sembler que l'indemnisation du préjudice collectif et l'indemnisation du préjudice personnel de l'association revient à compenser deux fois un même préjudice[988]. D'autre part, la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs provoque un préjudice matériel pour l'association de consommateurs constitué de l'ensemble des dépenses engagées que la lésion de l'intérêt collectif a engendrées par elle pour l'information des consommateurs, la réalisation de tests ou d'enquêtes ou l'aide qu'elle leur apporte dans la gestion des litiges. Ce préjudice est parfois qualifié par les juridictions de préjudice associatif[989]. La Cour de cassation a admis la réparation du préjudice associatif au titre du préjudice personnel de l'association sur le fondement de l'article 4 du nouveau Code de procédure civile[990].

598. Les magistrats opèrent parfois une confusion entre l'intérêt collectif et l'intérêt de l'association de défense des intérêts des consommateurs. Cette confusion ressort par exemple d'un arrêt de la Cour d'appel de Douai qui, dans ses motifs, reprend les motifs de la juridiction de première instance, et retient que « cette association supporte sur le principe, un préjudice ; que ce préjudice siège dans l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs ; qu'il s'agit d'un préjudice moral », ce qui laisse supposer qu'il s'agit d'une réparation du préjudice personnel de l'association ; et dans son dispositif condamne

[988] C. DREVEAU, art. préc.
[989] V. par exemple : CA Grenoble, Ch. civ. 1ère, 22 mai 2007, RG n° 05/00795.
[990] Civ. 1ère, 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-13.905, Inédit.

le professionnel « en réparation du préjudice constitué par l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs », ce qui laisse supposer que l'indemnisation se fonde sur l'action d'intérêt collectif exercée par l'association[991]. Plus généralement, certaines expressions, telle que « son préjudice collectif » laissent supposer que le préjudice collectif est un préjudice propre à l'association habilitée à défendre l'intérêt collectif des consommateurs. Pourtant, ce n'est pas parce qu'un seul et même comportement lèse plusieurs intérêts qu'ils fusionnent. La collectivité des consommateurs dont les intérêts sont défendus par l'association dépasse largement la collectivité des membres de l'association. Le préjudice, moral ou matériel, parfois invoqué par les associations de consommateurs ne se confond pas avec la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs. La Cour de cassation, dans un arrêt rendu par la Chambre criminelle le 3 mai 2006, a rappelé la nécessité de différencier le préjudice collectif et préjudice personnel de l'association de consommateurs qui agit en justice pour le défendre. En l'espèce, un professionnel avait été condamné en appel pour tromperie. La Cour d'appel de Grenoble l'avait également condamné à verser à l'association de consommateurs qui s'était constituée partie civile 3000 euros en réparation de son préjudice collectif et 1000 euros en réparation de son préjudice associatif, les deux sur le fondement de l'article L. 421-1 du Code de la consommation. La Cour de cassation casse l'arrêt d'appel pour avoir accordé la réparation d'un préjudice associatif « qui ne trouve son origine ni dans une atteinte directe ou indirecte à l'intérêt collectif des consommateurs ni dans un dommage personnellement et directement causé à l'association demanderesse » 992. En rappelant la différence qu'il faut faire entre le préjudice collectif, qui n'est pas propre à l'association de consommateurs, et le préjudice personnel de l'association, elle condamne la réparation du préjudice associatif sur le fondement de l'article L. 421-1 du Code de la consommation. En conséquence, la réparation du préjudice personnel de l'association est soumise au même régime que la réparation de n'importe quel autre préjudice personnel. A ce titre, l'association doit montrer que le préjudice personnel dont elle demande la réparation, qu'il soit moral ou matériel, est « personnellement et directement causé par l'infraction »[993]. Certains auteurs estiment que cette décision met fin à l'indemnisation du préjudice associatif. Elle rappelle

[991] CA Douai, Ch. 01 sect. 02, 27 février 2008, RG n° 06/07192. V. également : Crim., 9 février 1994, pourvoi n° 92-86.338, Inédit.
[992] Crim., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-85.715 ; *Bull. crim.*, n° 116.
[993] *Ibid.*

surtout que le préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs ne se confond pas avec celui de l'association qui agit en justice pour sa défense.

599. L'intérêt collectif des consommateurs n'est donc ni l'intérêt personnel des membres de cette collectivité, ni l'intérêt personnel de l'association qui agit en justice pour sa défense. Même si « son contenu propre est difficile à dégager »[994], une définition négative de l'intérêt collectif des consommateurs est insuffisante. La particularité de l'intérêt collectif est qu'il ne se rattache pas à une personne, à un sujet de droit. En ce sens, l'intérêt collectif peut être qualifié d'objectif[995], à la différence de l'intérêt personnel qui est éminemment subjectif. En conséquence, en s'appuyant sur l'étude des décisions judiciaires rendues en la matière, il est possible de définir, *a priori*, les grandes lignes de la consistance de l'intérêt collectif des consommateurs.

600. D'abord, le respect des dispositions dont la finalité est la protection des consommateurs est une composante de l'intérêt collectif des consommateurs. La violation de ces dispositions lèse l'intérêt collectif des consommateurs, quels que soient les dommages que la violation a provoqués pour chaque consommateur pris individuellement. Ainsi, la Cour de cassation examine la finalité de la disposition pour dire si sa violation heurte l'intérêt collectif des consommateurs. Elle a par exemple retenu que la mise en œuvre de loterie prohibée est de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs en se référant à la finalité de cette législation qui « tend à la protection de ces derniers contre l'attrait de l'aléa que ces jeux comportent »[996]. De même, elle a décidé que « la stipulation de clauses abusives constitue en elle-même une faute de nature à porter atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs »[997]. La lésion de l'intérêt collectif des consommateurs a également été retenue en cas de publicité de nature à induire en erreur[998] ou de vente au déballage sans autorisation[999]. Dans cette hypothèse,

[994] G. VINEY, art. préc.
[995] C. DREVEAU, art. préc., p. ; En sens contraire, L. BORE, *op. cit.*
[996] Crim., 22 août 1990, pourvoi n° 86-92.614 ; *Bull. crim.*, n° 306. V. également Crim., 18 février 1998, pourvoi n° 96-85-786, Inédit.
[997] Civ. 1ère, 1er février 2005, pourvoi n° 02-20.633 ; *Bull. civ. I*, n° 63 . Cette formulation de principe est reprise par les juges du fond. Par exemple : CA Grenoble, ch. civ. 1ère, 22 mai 2007, RG n° 05/00795. ; CA Versailles, 3ème ch., 19 octobre 2001, RG n° 99/04213, Cerclab n° 1729.
[998] Crim., 20 novembre 2002, pourvoi n° 02-80.528, Inédit.
[999] Crim., 24 novembre 1993, pourvoi n° 92-85.411, Inédit.

mettre en avant la finalité consumériste de la loi transgressée suffit à démontrer l'atteinte portée à l'intérêt collectif des consommateurs.

601. Ensuite, l'intérêt collectif des consommateurs dépasse le seul respect des dispositions spécialement protectrices de leurs intérêts. Ainsi, la Cour de cassation a précisé qu'« aucune infraction ayant porté un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs n'est exclue des prévisions de l'article 1er de la loi du 5 janvier 1988, devenu l'article L. 421-1 du Code de la consommation »[1000]. L'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs a notamment été retenue en cas d'homicide involontaire[1001], d'abus de biens sociaux et de corruption active[1002], ou d'extorsion de fond par un médecin[1003]. Toute infraction pénale est alors susceptible de léser l'intérêt collectif des consommateurs. Dans cette hypothèse, la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs n'est pas admise du seul fait de l'infraction pénale constatée, il faut montrer en quoi cette infraction porte atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Souvent, la lésion de l'intérêt collectif sera caractérisée en se référant à la qualité de consommateurs des victimes de l'infraction, ou en se référant à la violation d'une disposition consumériste à l'origine de l'infraction ou provoquée par elle. Par exemple, l'homicide involontaire, en plus de porter atteinte à l'intérêt général, lèse l'intérêt collectif des consommateurs lorsqu'il est la conséquence de la méconnaissance de l'obligation de sécurité imposée par l'article L. 221-1 du Code de la consommation.

602. Enfin, dans une moindre mesure, la lésion de l'intérêt collectif peut résulter de l'inexécution des contrats de consommation par les professionnels. Si une violation minime ou isolée d'un contrat de consommation ne peut suffire à léser l'intérêt collectif des consommateurs, la violation répétée des contrats de consommation doit permettre aux associations de consommateurs d'exercer leur action. Cette solution a déjà été admise en jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation a décidé que la « recrudescence du nombre de

[1000] Crim., 30 janvier 1995, pourvoi n° 93-81.730 ; *Bull. crim.*, n° 37 (relaxe pour publicité mensongère et condamnation pour escroquerie).
[1001] Crim., 24 juin 1997, pourvoi n° 96-82.424 ; *Bull. crim.*, n° 251. Crim., 1er avril 2008, pourvoi n° 06-88.948 ; *Bull. crim.*, n° 37.
[1002] Crim., 8 avril 1999, pourvoi n° 98-84.539, Inédit.
[1003] Crim., 6 juillet 1994, pourvoi n° 93-83.894 ; *Bull. crim.*, n° 267.

dossiers relatifs au dysfonctionnement de l'accès à internet proposé par la société » porte atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs[1004].

603. En définitive, la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs correspond, conformément à l'une des hypothèses proposées par Madame Morin, « au risque que fait peser sur la collectivité des consommateurs une pratique illicite, illégale ou abusive »[1005]. Ce risque est présumé irréfragablement en cas de violation des dispositions consuméristes. Il doit être démontré pour les deux autres hypothèses ; lorsque l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs résulte de la violation d'une disposition extérieure au droit de la consommation et lorsqu'elle résulte de la violation répétée des contrats de consommation. La constatation d'une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs fonde les différentes actions d'intérêt collectif ouvertes aux associations de consommateurs.

2. Les sanctions prononcées

604. Selon les dispositions des articles L. 421-1 et suivants du Code de la consommation, les associations de consommateurs peuvent exercer différentes actions dites d'intérêt collectif. Malgré des conditions de recevabilités différentes, le trait commun de ces actions est qu'elles se fondent toutes sur une atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs. Suivant les cas, elles peuvent aboutir au prononcé des trois types de sanctions : une sanction qualifiée de préventive d'abord, la cessation de l'agissement illicite contraire à l'intérêt collectif des consommateurs sur le fondement de l'article L. 421-2 du Code de la consommation, ou sur le fondement de l'article L. 421-6 du Code de la consommation, et deux sanctions qualifiées de réparatrices ensuite, la diffusion de la décision sur le fondement de l'article L. 421-9 du Code de la consommation[1006], et la réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs fondée sur l'article L. 421-1 ou L. 421-7 du Code de la consommation.

[1004] Civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-15.000, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 1, p. 30, comm. G. RAYMOND. V. également CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 juin 2011, RG n° 07/12995 : « cet intérêt collectif a été indubitablement atteint par le non-respect par [le professionnel] de ses obligations contractuelles ». En sens contraire : CA Rennes, 7 septembre 2007, RG n° 06/08242 : « la seule inobservation des ses obligations contractuelles […] n'a pas été d'une gravité suffisante et n'a pas été la manifestation de sa part d'une insuffisance caractérisée de nature à préjudicier à l'ensemble des consommateurs ».

[1005] A. MORIN, art. préc., p. 18 et 20.

[1006] Civ. 1ère, 14 mai 1992, pourvoi n° 90-14.047 ; *Bull. civ. I*, n° 134. Sur cette sanction v. *supra* n° 544.

605. Concernant la réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs, les magistrats sont confrontés à la difficulté d'évaluer un préjudice objectif, qui ne se rattache pas à un sujet de droit identifié mais à une entité dépourvue de la personnalité juridique. Le caractère personnel du préjudice fait alors défaut. En la matière, la Cour de cassation a rappelé que l'évaluation du préjudice relève de l'appréciation souveraine des juges du fond[1007]. La motivation des juges du fond est parfois très réduite comme le révèle l'emploi d'expressions telles que « la cour dispose des éléments suffisants »[1008] ou « par des motifs pertinents que la Cour adopte »[1009]. Lorsqu'un effort de motivation est entrepris, les éléments pris en considération pour évaluer le préjudice subi se rapportent essentiellement à l'existence et l'étendue du préjudice pour les consommateurs individuels. Ainsi, le nombre de consommateurs affectés ou susceptibles d'être affecté par le comportement illicite est un élément central dans l'évaluation de l'indemnité réparatrice. Il est pris en considération soit directement au regard de la répétition du comportement[1010], soit indirectement au regard du champ géographique sur lequel s'étend la violation[1011] et au regard de la période pendant laquelle la violation a eu lieu[1012]. Les juges du fond s'appuient également sur la gravité de la faute commise par le professionnel[1013], ou sur la gravité des conséquences engendrées par le comportement illicite[1014].

[1007] Civ. 1ère, 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-13.905, Inédit. Crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 00-81.493, Inédit.
[1008] CA Paris, Ch 15 B., 3 avril 2008, (2 arrêts) RG n° 06/18279 et n° 06/00402. V. également : CA Paris, 7 février 2003. CA Agen, 4 mai 2004, RG n° 02/1351.
[1009] CA Grenoble, RG n° 05-00795.
[1010] CA Paris, Pôle 05, Ch. 06, 15 octobre 2010, RG n° 07/21494 : « eu égard au nombre très important de consommateurs affectés ». CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 juin 2011, RG n° 07/12995 : « nombre important d'abonnés ». CA Rennes, Ch. 1ère B, 2 octobre 2009, n° 09/00281 : « eu égard à la faible quantité de documents publicitaire établis et envoyés au public (753 envois selon le contrat passé avec la poste) »
[1011] CA Rennes, Ch. 01 B, 30 avril 2009, RG n° 08/00553 : « eu égard à l'importance relativement modeste de l'activité dont il s'agit, tant par son chiffre d'affaire que par son secteur géographique d'influence, le préjudice occasionné à la collectivité des consommateurs est très modéré ».
[1012] CA Douai, Ch. 01, sect. 02, 27 février 2008, RG n° 06/07192. CA Paris, Pôle 05, Ch. 06, 15 octobre 2010, RG n° 07/21494 : « eu égard […] à la durée pendant laquelle les clauses abusives ou illicites ont été en application ». TGI Evry, 26 juin 2007, n° 0603850077.
[1013] CA Douai, Ch. 01, sect. 02, 27 février 2008, RG n° 06/07192. CA Rennes, Ch. 1ère B, 27 mars 2008, RG n° 07/03298 : « Seule une clause étant attentatoire à l'intérêt collectif des consommateurs ».
[1014] CA Grenoble, 15 janvier 2008, RG n° 05/03326 : « eu égard à l'importance relativement secondaire de la seule clause déclarée abusive ». CA Rennes, Ch. 1ère B, 2 octobre 2009, n° 09/00281 « eu égard [..] à la gravité relative de l'illicéité en cause » (Absence de mention de la valeur commerciale des lots dans une loterie publicitaire).

606. Il apparaît alors que s'il est possible de faire la distinction entre la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs et la lésion de l'intérêt personnel de chaque consommateur, elle se complique lorsqu'il s'agit d'évaluer le préjudice. Le dommage, s'il est compris strictement comme l'atteinte à un intérêt juridiquement protégé, comme l'est l'intérêt collectif des consommateurs, peut être défini objectivement sans grande difficulté. La définition d'un préjudice objectif semble en revanche impossible. En effet, le préjudice est notion subjective, qui se caractérise au regard d'un sujet de droit. Il est difficilement concevable qu'un préjudice existe indépendamment d'une personne pouvant le ressentir dans ses intérêts, sauf à déformer la notion même de préjudice. L'existence d'un préjudice collectif est alors fictive parce qu'il « se socialise et se socialisant il se désincarne »[1015]. L'action exercée par l'association de consommateurs aboutit alors à un paradoxe : l'octroi d'une réparation en l'absence de préjudice. L'indemnisation accordée ne peut donc pas exercer une fonction réparatrice en l'absence de préjudice à réparer. Comme la réparation opérée par les sanctions pénales, la seule réparation opérée en raison de l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs est morale par la voie de la rétribution. L'indemnisation exerce alors des fonctions pénales. Ainsi, plusieurs auteurs reconnaissent dans l'indemnisation accordée en réparation des préjudices collectifs, l'expression d'une peine privée[1016]. En effet, la réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs, en raison du caractère fictif du préjudice réparé, répond aux critères de la peine[1017]. Le caractère répressif de l'indemnisation fondé sur la réparation du préjudice collectif des consommateurs est logique parce que l'intérêt collectif est plus proche de l'intérêt général, dont la lésion entraîne une peine, que de l'intérêt individuel, dont la lésion préjudiciable entraîne une mesure réparatrice. De plus, le caractère répressif de la sanction est cohérent avec le rôle dévolu aux associations de consommateurs lorsqu'elles demandent la réparation du préjudice collectif des consommateurs. Elles doivent pallier aux carences du ministère public, principalement en

[1015] L. CADIET, « Les métamorphoses du préjudice », *in Les métamorphoses de la responsabilité : Sixième journée Savatier*, Paris : PUF, 1998, p. 43.
[1016] V. notamment S. CARVAL, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris : LGDJ, 1995. L. BORE, op. cit. ; P. JOURDAIN, « Les peines privées : Rapport général », *Travaux de l'association Henri Capitant : t. 54, L'indemnisation*, Paris : SLC, 2004.
[1017] V. *supra* n° 358.

matière pénale, l'effectivité des sanctions prononcées à l'encontre des professionnels qui violent le droit de la consommation[1018].

607. En raison du caractère punitif des dommages et intérêts prononcés au profit des associations de consommateurs pour la réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs, cette sanction devrait exercer un effet dissuasif important. Pourtant, le faible montant de la réparation, qui s'explique par le caractère factice du préjudice invoqué, s'oppose à une captation des engendrés pour le professionnel. Malgré la sanction, ils conservent toujours plus d'intérêt financier à violer les dispositions consuméristes. L'idée commence à germer d'évaluer l'étendue du préjudice, et donc le montant de la condamnation au regard des profits financiers retirés par le professionnel[1019], voire d'adopter un système de sanctions proche de celui existant pour la sanction des pratiques anticoncurrentielles[1020]. Il faut s'engager dans cette voie. Pour cela, il faut détacher la sanction de la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs de l'idée de réparation en substituant à l'action existante une action en répétition des profits engendrés par la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs. Ce changement est plus profond qu'un changement de terminologie. Il libère les juges du fond du carcan les obligeant à limiter le montant de la sanction à la réparation d'un préjudice illusoire. Les condamnations pourraient être alors plus lourdes, et en captant les bénéfices que les professionnels retirent de la violation des intérêts consuméristes, elles exerceraient un effet dissuasif et seraient une sanction efficace des fautes lucratives.

608. L'introduction d'une action en répétition des profits engendrés par la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs. D'abord, l'évaluation des profits engendrés par la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs est complexe. Il est donc nécessaire de fixer des critères d'évaluation et une obligation de motivation. Ensuite, la condamnation des professionnels à payer des sommes qui peuvent être importantes impose de limiter les personnes qui peuvent exercer l'action pour éviter la multiplication des instances pour la sanction d'un même fait ainsi que l'attribution des sommes. Il serait peut-être opportun,

[1018] S. GUINCHARD, F. FERRAND et C. CHAINAIS, *Procédure civile : Droit interne et droit communautaire*, 29ème éd., Paris : Dalloz, 2008 : « D'un point de vue de politique législative, il s'agit d'un démembrement de la notion d'intérêt général, sous couvert d'un intérêt collectif, transformant lesdites associations, ainsi habilitées, en véritables auxiliaire du parquet, en sentinelles avancées de celui-ci. »
[1019] CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 juin 2010, RG n° 07/12995.
[1020] H. G. GABA, note sous Civ. 1ère, 5 octobre 1999, pourvoi n° 97-17.559, *LPA*, 24 mars 2000, n° 60, p. 9.

comme cela a déjà été envisagé pour les actions de groupes ou pour les dommages et intérêts punitifs, d'attribuer les sommes à un fond spécialisé, dont les fonds seraient destinés à financer les prochaines actions en justice exercées par les associations de consommateurs en raison de la lésion de l'intérêt collectif[1021].

B. La mise en œuvre de l'action d'intérêt collectif

609. La collectivité des consommateurs n'ayant pas de personnalité juridique, cette entité ne peut pas ester en justice. La qualité à agir pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs appartient alors aux associations de consommateurs. La mise en œuvre de l'action est limitée par les dispositions légales. D'abord, *la qualité à agir est limitée de manière opportune (1)*. Ensuite, *la recevabilité de l'action est limitée de manière inopportune (2).*

1. La limitation opportune de la qualité à agir

610. Les actions d'intérêt collectif entraînent des interrogations sur les personnes habilitées à les exercer. En effet, ces groupements non identifiés n'ont pas la personnalité juridique. Ils ne peuvent donc ni ester en justice, ni se faire représenter au sens juridique du terme[1022]. Il est donc nécessaire d'identifier les personnes qui ont la qualité pour les défendre, c'est-à-dire les personnes dans lesquelles s'opère une « personnification » de l'intérêt collectif[1023]. Deux manières de procéder sont possibles pour déterminer les personnes qui ont qualité à agir pour défendre un intérêt collectif. La première possibilité consiste à ouvrir le plus largement l'action en permettant à tous de démontrer qu'ils ont intérêt à défendre l'intérêt de la collectivité et de laisser le soin aux magistrats de déterminer au cas par cas si la personne qui formule la demande a effectivement qualité pour agir. Ainsi, une association pourrait exercer une action d'intérêt collectif dès que la défense de cet intérêt est un élément de son objet statutaire. Les associations de consommateurs, si elles ont la personnalité juridique, auraient alors toutes la qualité pour

[1021] J. CALAIS-AULOY (dir.), *Propositions pour un Code de la consommation*. Paris : La documentation française, 1990.
[1022] La représentation dont il est question est plus une représentation plus politique que juridique V. L. BORE, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires.* Paris : LGDJ, 1997.
[1023] G. VINEY, art. préc.

exercer ce type d'action. Un consommateur qui se prévaut de cette qualité pourrait, à la rigueur, être admis à exercer l'action. La seconde possibilité consiste à déterminer *a priori* les personnes habilitées à agir par la loi.

611. Concernant les actions exercées dans l'intérêt collectif des consommateurs, le législateur a choisi la seconde possibilité. Seules les associations agréées par arrêté conjoint du ministre chargé de la consommation et du Garde des sceaux pour les associations nationales ou par arrêté préfectoral dans lequel l'association a son siège social pour les associations locales peuvent exercer les actions d'intérêt collectif. Les conditions de l'agrément sont définies par l'article R. 421-1 du Code de la consommation. Peuvent ainsi être agréées, les associations déclarées depuis plus d'un an, comprenant un nombre minimum d'adhérent et qui justifient d'une « activité effective et publique en vue de la défense des intérêts des consommateurs ». Les conditions de l'agrément ne sont pas un frein à l'action des associations de consommateurs. En outre, si les juges du fond sont tenus de vérifier l'existence de l'agrément[1024], l'attitude de la jurisprudence est plutôt souple vis-à-vis de cette exigence. D'abord, il n'appartient pas aux magistrats de vérifier que les conditions de l'agrément, et notamment la personnalité juridique de l'association de consommateurs qui agit en justice, ne sont remplies[1025]. Ensuite, la Cour de cassation a décidé récemment que la modification du nom et des statuts de l'association qui « n'affecte aucun des éléments constitutifs de l'objet social en considération desquels l'agrément lui avait été accordé » n'oblige pas l'association à demander un nouvel agrément[1026]. La limitation du droit d'action est opportune, principalement en raison du caractère punitif de l'action. En effet, les associations de consommateurs exercent par le biais de ces actions le rôle d'un « ministère public privé »[1027]. Il est légitime que le pouvoir exécutif exerce un contrôle sur les personnes habilitées à exercer ces actions. En outre, la limitation des personnes ayant qualité à agir permet d'assurer une certaine représentativité des consommateurs. Elle diminue le risque de procédure abusive voire

[1024] Crim., 23 janvier 1992, pourvoi n° 98-82.111 ; *Bull. crim.*, n° 24 – Crim., 23 mars 1994, pourvoi n° 89-84.646, Inédit.

[1025] Civ. 1ère, 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.132, Inédit ; CCC, 2010, n° 2 , p. 35, comm. G. RAYMOND . Cela reviendrait à autoriser aux juridictions de l'ordre judiciaire de vérifier la validité d'un acte administratif.

[1026] Civ. 1ère, 20 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.402, *à paraître au bulletin* ; *LPA*, 27 février 2012, n° 41, p. 7, G. HAROLD KOBINA ; *D.*, 2011, p. 2910, E. BAZIN ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 334, p. 17, S. PIEDELIEVRE.

[1027] A. MORIN, art. préc., p. 17.

intempestive et la multiplication des actions d'intérêt collectif pour un même fait[1028]. Mais une fois que le contrôle de la représentativité et du sérieux de l'association est effectué *a priori*, il n'est pas opportun de limiter l'action des associations de consommateurs pour la défense de l'intérêt collectif des consommateurs.

2. La limitation inopportune de la recevabilité de l'action

612. Dès lors que l'atteinte à l'intérêt collectif des consommateurs est caractérisée par le comportement illicite d'un professionnel, l'action en cessation d'agissements illicites, fondée sur l'article L. 421-6 du Code de la consommation, peut être exercée par une association de consommateurs sans autre condition[1029]. A l'inverse, le champ d'application de l'action en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs est soumis à des restrictions en fonction de la nature, pénale ou non, du comportement reproché. Lorsque le comportement qui lèse l'intérêt collectif des consommateurs est susceptible de qualification pénale, alors, les associations de consommateurs, selon les termes de l'article L. 421-1 du Code de la consommation, peuvent exercer « les droits reconnus à la partie civile » aussi bien devant les juridictions pénales que devant les juridictions civiles et demander réparation du préjudice collectif. Cet article ne peut pas fonder une telle action lorsque le comportement n'est pas susceptible de qualification pénale, telle que l'insertion de clauses abusives dans les conditions générales des contrats[1030].

613. Lorsque le comportement reproché ne constitue pas une infraction pénale, l'action des associations de consommateurs en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs ne peut pas être exercée à titre principale. Elle dépend de l'exercice d'une autre action. D'abord, sur le fondement de l'article L. 421-7 du Code de la consommation, les associations de consommateurs peuvent intervenir volontairement à une instance introduite par un consommateur. La Cour de cassation a

[1028] Civ. 1ère, 25 juin 2009, pourvoi n° 08-16132, Inédit. Litispendance entre association nationale et association locale ? Non pas la même cause.

[1029] Toutefois, le caractère préventif de cette action suppose, pour être recevable, que le comportement existe toujours au moment de l'introduction de l'instance. Si le professionnel cesse le comportement illicite reproché en cours d'instance, l'action de l'association de consommateurs en cessation d'agissements illicites devient sans objet et entraîne l'extinction de l'instance.

[1030] V. notamment : L. BIHL, « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action collective des organisations de consommateurs », *Gaz. Pal*., 1988, doctr., p. 268 ; A. MORIN, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *RED consom.*, 1991, p. 11.

rappelé que ce droit n'est qu'un droit d'intervention et que la demande en réparation de l'intérêt collectif des consommateurs formulée par l'association de consommateurs ne peut pas figurer dans l'acte introductif d'instance[1031]. Ensuite, la Cour de cassation a étendu la recevabilité de l'action exercée par les associations de consommateurs en acceptant que la demande en réparation du préjudice collectif soit une demande additionnelle qui complète une demande principale en suppression de clause abusive[1032]. Plus généralement, il semble que la demande en réparation du préjudice collectif puisse être additionnée à toute demande en cessation d'agissements illicites fondée sur l'article L. 421-6 du Code de la consommation. Même si à première vue une action préventive et une action réparatrice semblent contradictoires, Monsieur Raymond a montré que l'action d'intérêt collectif des consommateurs se justifie pleinement au soutien d'une demande en cessation d'agissement illicite[1033]. Ce caractère de dépendance soulève des difficultés parce que l'action en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs devient sans fondement si le lien d'instance principal est éteint ou si la demande principale devient sans objet. Dans le cadre d'une intervention volontaire de l'association de consommateurs à l'instance opposant un consommateur et un professionnel, si le consommateur qui demande réparation et le professionnel concluent un accord, alors l'instance principale est éteinte. Par voie de conséquence, l'instance de la demande principale est dépourvue de fondement est doit être déclarée irrecevable[1034]. Dans le cadre d'une demande en cessation d'agissements illicites, l'action, initialement recevable, devient dépourvue d'objet si le professionnel met fin au comportement illicite reproché en cours d'instance, la solution est identique. La demande additionnelle en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs devient sans fondement[1035]. Le professionnel a, d'une certaine manière, lorsque son comportement n'est pas susceptible de qualification pénale, la maîtrise de la recevabilité

[1031] Civ. 1ère, 21 février 2006, pourvoi n° 04-10-879 ; *Bull. civ. I*, n° 95, *RTD com.*, 206, p. 206, obs. B. BOULOC . Civ. 1ère, 30 janvier 2007 (3 arrêts), pourvois nos 05-20.923, 04-10.879 et 04-16.030. Civ. 1ère, 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.778, Inédit.

[1032] Civ. 1ère, 5 octobre 1999, pourvoi n° 97-17.995 ; *Bull. civ. I*, n° 260 : « une association agréée de consommateurs est en droit de demander devant les juridictions civiles la réparation, notamment par l'octroi de dommages et intérêts, de tout préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif des consommateurs » ; *D.*, 2000, p. 110, note G. PAISANT – Civ., 1ère, 21 octobre 2003, pourvoi n° 01-13.239, Inédit ; *CCC*, 2004, n° 4, p. 41, comm. G. RAYMOND .

[1033] G. RAYMOND, *Droit de la consommation*. 2ème éd., Paris : Litec : LexisNexis, 2011.

[1034] Civ. 1ère, 11 décembre 2008, pourvoi n° 07-16.620, Inédit.

[1035] CA Rennes, Ch. 1ère B, 23 mai 2008, n° 07/04363. CA Paris, Ch. 25 B, 13 février 2009, RG n° 06/06059. CA Grenoble, Civ. 1ère, 6 mars 2007, RG n° 05/01263.

de la demande en réparation du préjudice collectif. Il peut mettre fin au comportement illicite. Il peut également proposer un règlement amiable favorable au consommateur qui a introduit la demande en réparation de son préjudice individuel pour éviter une trop lourde condamnation pour la réparation du préjudice collectif et pour éviter le cas échéant, des mesures de publicité sur la décision de condamnation néfaste pour sa réputation[1036]. Cette limitation ne se justifie pas juridiquement. En effet, « la nature civile ou pénale de la sanction ne change rien au caractère collectif du préjudice »[1037]. D'un point de vue dissuasif, cette limitation est inopportune. En effet, l'approche collective de la sanction prend en considération la répétition du comportement sanctionné et d'adapter les sommes que doit verser le professionnel à l'objectif dissuasif recherché, en fixant ces somme au regard des profits que la violation des dispositions consuméristes ou que l'inexécution grave ou répétée des contrats de consommation a provoqué pour lui. En outre, le prononcé d'une condamnation à verser des dommages et intérêts pour réparer le préjudice collectif permet d'adopter des mesures de publicité autour de la décision qui porte atteinte à la réputation des professionnels et qui ont un potentiel dissuasif élevé[1038].

614. A l'heure actuelle, les actions d'intérêt collectif fondées sur la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs exercent des fonctions principalement préventives. Les actions en cessation d'agissements illicites tendent à prévenir la réalisation du dommage lorsqu'une illicéité est constatée. Les actions en réparation du préjudice direct ou indirect causé à l'intérêt collectif des consommateurs exercent des fonctions préventives par la dissuasion des comportements illicites. En effet, les dommages et intérêts prononcés sur ce fondement s'apparentent plus à des dommages et intérêts punitifs assumant des fonctions répressives qu'à une indemnité compensatrice. Mais l'effet dissuasif de cette sanction est altéré par la limitation de la recevabilité de l'action des associations de consommateurs agréés lorsque le comportement n'est pas susceptible de qualification pénale, et surtout par le faible montant des préjudices accordés qui ne sont pas à la hauteur du caractère lucratif de fautes commises par les professionnels. Pour améliorer cet effet dissuasif, il faudrait substituer à l'action existante une action en répétition des

[1036] En effet, les mesures de publicité, qui ont un caractère dissuasif important pour les professionnels (V. infra
[1037] J. CALAIS-AULOY, « Les actions en justice des associations de consommateurs », *D.*, 1988, chron., p. 193.
[1038] V. *supra* n[os] 544 et s.

profits engendrés par la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs, dont le bénéfice reviendrait en partie à un fond destiné à soutenir financièrement les actions d'intérêt collectif engagées par les associations de consommateurs ainsi que les actions collectives en réparation engagées par les associations de consommateurs.

Conclusion générale

615. L'étude de la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation a été réalisée sous l'angle de l'efficacité des sanctions dans le but d'assurer l'effectivité du droit de la consommation par la dissuasion des comportements prohibés ou la réparation des préjudices qu'ils ont provoqués. Dans cette perspective, le droit positif se révèle inefficace. D'une part, mise à part la sanction des clauses abusives, les dispositions du droit de la consommation ne prévoient pas de sanctions spéciales dont la finalité première serait la réparation du dommage subi par le consommateur. Les dispositions de droit commun dans lesquelles elles doivent être recherchées se révèlent inadaptées aux problématiques nouvelles soulevées par le contrat de consommation. D'autre part, la multiplication des sanctions principalement dissuasives par les dispositions spéciales du droit de la consommation s'est faite par l'adoption de lois successives, sans souci de cohérence. Elle se révèle finalement inadaptée tant le respect du droit de la consommation est mal assuré.

616. Les travaux menés confortent donc l'idée qu'il est nécessaire, dans la mesure du possible, de dépasser les régimes applicables à chaque type de contrat de consommation pour en extraire des règles communes et organiser un régime commun de leur sanction. Dans cet objectif, l'analyse de l'efficacité de la sanction au regard des finalités dissuasives et réparatrices qu'elle assume est un guide. Il en ressort que l'efficacité réparatrice de la sanction dépend de son adaptation au préjudice subi par le consommateur alors que l'efficacité dissuasive de la sanction dépend de son adaptation au comportement prohibé. En conséquence, une seule et même sanction ne peut pas assumer efficacement ces deux fonctions. Seule la possibilité de prononcer au moins deux sanctions, l'une réparatrice, l'autre dissuasive, permet la pleine réalisation de ces deux objectifs. Ainsi, chacune de ces sanctions peut être parfaitement adaptée à l'objectif principal qui est le sien. Les propositions formulées à propos des sanctions

principalement réparatrices peuvent sembler excessivement restrictives si elles sont envisagées isolément. Mais elles se comprennent au regard de l'approche globale qui a été choisie. L'inapplication de sanctions réparatrices ne signifie pas que le professionnel ne sera pas sanctionné par ailleurs. Les sanctions principalement dissuasives doivent, en effet, être applicables même en l'absence de préjudice causé au consommateur.

617. L'analyse fonctionnelle de la sanction a permis de soutenir une démarche intellectuelle recherchant un régime spécial de la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation. Elle n'est toutefois pas une considération reprise expressément par les dispositions du droit positif français. En effet, il n'existe pas, en tant que tel, de régime de la sanction réparatrice, ni de régime de la sanction dissuasive. En guise de conclusion, il apparaît préférable de présenter les propositions formulées autour d'une distinction plus proche des réalités concrètes et qui pourrait être reprise dans une réforme législative d'ensemble consacrée au problème des sanctions de la violation des dispositions consuméristes. Il s'agit de la distinction entre les sanctions prononcées au profit d'un consommateur isolé et les sanctions prononcées au nom d'un intérêt collectif. En droit positif, cette distinction ne coïncide pas avec la distinction des sanctions principalement réparatrices et des sanctions principalement dissuasives. En effet, de nombreuses sanctions prononcées au profit d'un consommateur individuel, telles que la condamnation des organisateurs de loterie publicitaire trompeuse à délivrer le bien promis[1039], la déchéance du droit aux intérêts[1040] ou les nullités prononcées de droit sur le seul fondement de la violation d'une disposition consumériste[1041], exercent principalement une fonction dissuasive. Pourtant, au terme de cette étude, nous avons acquis la conviction que, dans les contrats de consommation, les sanctions prononcées au profit d'un consommateur isolé doivent toujours être des sanctions principalement réparatrices[1042] et que, corrélativement, les sanctions principalement dissuasives ne peuvent être que des sanctions prononcées au nom d'un

[1039] V. *supra* n^os^ 452 et s.
[1040] V. *supra* n^os^ 420 et s.
[1041] V. *supra* n^os^ 471 et s.
[1042] Cette conviction repose sur des considérations d'ordre pratique : les peines privées, qui sont des sanctions principalement dissuasives prononcées au profit d'un consommateur isolée n'exerce pas efficacement un effet dissuasif (V. à propos de l'inefficacité dissuasive des dommages et intérêts punitifs *supra* n^os^ 569), et sur des considérations d'ordre morale : la sanction ne doit pas être une source d'avantages injustifiés.

intérêt collectif au profit d'une personne dont la mission est d'assurer sa défense ou au profit de l'Etat lorsque l'intérêt collectif en cause rejoint l'intérêt général. Cette idée sera reprise afin de présenter nos propositions pour un système cohérent de la sanction de la violation des dispositions du droit de la consommation dans les contrats de consommation.

Les sanctions prononcées au profit d'un consommateur isolé : des sanctions principalement réparatrices

618. Les spécificités du rapport de consommation imposent d'abord, pour améliorer l'efficacité des sanctions, de préciser les sanctions les plus adaptées à réparer les préjudices subis par les consommateurs. Mais cela est insuffisant parce que l'un des obstacles principaux à la réparation du dommage subi par le consommateur est l'ineffectivité de la sanction. Il faut en outre que les modalités de mise en œuvre de la sanction favorisent leur effectivité.

619. ***Conclusions pour des sanctions efficaces***. L'étude a mis en lumière que l'application d'une sanction dont la fonction principale est la réparation du dommage est efficace, si elle permet de réparer les préjudices que la violation de la loi a causés. L'efficacité se mesure donc au regard des finalités de la loi violée.

620. *La sanction de la violation des dispositions tendant à renforcer la qualité du consentement du consommateur.* De nombreuses dispositions ont pour finalité d'améliorer la qualité du consentement du consommateur : interdiction des pratiques commerciales déloyales, obligation précontractuelle d'information, formalisme informatif, dispositions destinées à encadrer l'effectivité du droit de rétractation du consommateur… La violation de ces dispositions est susceptible de provoquer un préjudice pour le consommateur qui se manifeste par l'inutilité d'un contrat qu'il n'a pas voulu, ou par le déséquilibre d'un contrat dont il avait mal perçu l'économie générale. Compte tenu de la diversité des préjudices que peut engendrer la violation de ces dispositions, une sanction unique de la violation des dispositions tendant à renforcer la qualité du consentement n'est pas possible. Ainsi, en fonction du préjudice subi, différentes sanctions apparaissent efficaces.

621. D'abord, lorsque la violation d'une disposition consumériste a entraîné l'inutilité du contrat, et seulement dans cette hypothèse, le contrat doit être annulé. Il a été montré que les fondements du droit positif permettant d'obtenir la nullité du contrat ne sont pas satisfaisants dans une perspective réparatrice. L'admission générale de la nullité de droit, fondée sur la seule violation d'une disposition consumériste, vers laquelle s'orientent les solutions jurisprudentielles, permet de prononcer la nullité alors que la violation n'a pas causé de préjudice au consommateur[1043]. A l'inverse, la théorie classique des vices du consentement ne permet pas de prononcer la nullité du contrat dans toutes les hypothèses dans lesquelles la violation du droit de la consommation a provoqué l'inutilité du contrat, comme les pressions exercées sur le consentement au moyen de pratiques commerciales déloyales[1044]. En conséquence, un régime spécial de la nullité du contrat de consommation s'impose. Cette dernière doit pouvoir être prononcée à deux conditions : la violation non intentionnelle d'une disposition consumériste d'une part, et la démonstration de l'inutilité du contrat d'autre part[1045]. En raison de la multiplication des contrats de consommation et de la répétition de la violation de la loi, l'appréciation de l'inutilité du contrat doit se faire d'abord *in abstracto*, et au besoin, le consommateur doit pouvoir invoquer une appréciation *in concreto*, en démontrant que, pour lui, la violation de la loi a rendu le contrat inutile.

622. Ensuite, lorsque la violation de la loi n'a pas provoqué l'inutilité du contrat mais une mauvaise appréciation par le consommateur de l'équilibre des obligations essentielles des parties, soit qu'il pensait que le bien ou le service fourni par le professionnel valait plus cher, soit qu'il pensait que l'engagement du professionnel était plus important, des sanctions alternatives à la nullité doivent s'appliquer. Dans cette hypothèse, les solutions issues du droit commun sont efficaces, et il n'est pas nécessaire d'adopter de sanctions spécialement consuméristes. D'une part, il a été montré que l'admission d'une sanction générale de la lésion dans les contrats de consommation n'est pas opportune parce que l'application de la responsabilité délictuelle, fondée sur l'article 1382 du Code civil, permet indirectement de sanctionner le déséquilibre en valeur lorsqu'il résulte de la

[1043] V. *supra* n^os^ 93 et s.
[1044] V. *supra* n^os^ 117 et s.
[1045] V. *supra* n^os^ 126 et s.

violation d'une disposition consumériste par le professionnel[1046]. Toutefois, il peut être opportun de maintenir ou d'adopter des régimes permettant de contrôler la lésion dans certains contrats spéciaux de consommation[1047]. D'autre part, la solution jurisprudentielle selon laquelle les documents publicitaires suffisamment précis et détaillés doivent être intégrés dans les documents publicitaires est une sanction efficace des pratiques commerciales trompeuses qui laissent penser au consommateur que l'engagement du professionnel est plus important que ce qui est en réalité stipulé dans le contrat.

623. Enfin, lorsque la violation des dispositions du droit de la consommation protectrices du consentement du consommateur n'a causé aucun préjudice, alors aucune sanction réparatrice ne doit être prononcée. Cette solution ne signifie pas que le professionnel ne sera pas sanctionné par ailleurs. Seulement, dans cette hypothèse, la sanction du professionnel doit se faire par des sanctions dissuasives, prononcées au profit de l'Etat ou au profit d'une association de consommateurs et non par une sanction qui ne prend pas toute la mesure de la répétition du comportement illicite, prononcée au profit d'un consommateur isolé qui n'a subi aucun préjudice.

624. *La sanction de la violation des dispositions tendant à assurer l'équilibre des clauses des contrats de consommation.* De nombreuses dispositions du droit de la consommation établissent les conditions de licéité des clauses des contrats de consommation dans l'objectif de garantir l'équilibre des stipulations que le consommateur n'a pas, le plus souvent, été en mesure de négocier au moment de la conclusion du contrat. Si en droit positif, le régime de la sanction des clauses abusives est commun à tous les contrats de consommation, le régime de la sanction des autres illicéités n'est pas fixé avec précision. L'étude des différentes sanctions applicables, qui produisent l'effet commun de rendre inapplicable la clause illicite, révèle leur efficacité dans une perspective réparatrice. Mais cette diversité dans les sanctions applicables est source de complexités qui se justifient difficilement. Il est alors nécessaire d'unifier la sanction des différentes illicéités, formelles ou substantielles, des clauses dans les contrats de

[1046] V. *supra* n[os] 203 et s.
[1047] Par exemple, il n'est pas question ici de remettre en cause la sanction de l'usure dans les contrats de crédit.

consommation, autour de la nullité de la seule clause illicite, à condition que le contrat puisse subsister sans la ou les dites clauses[1048].

625. L'hypothèse des clauses ambigües doit toutefois être réservée. Quand l'ambiguïté qui affecte une clause d'un contrat de consommation n'est pas de nature à la rendre abusive ou illicite, alors la nullité de la clause ne s'impose pas. Elle doit être interprétée, selon une solution déjà admise par l'article L. 133-2 du Code de la consommation, dans le sens le plus favorable au consommateur. Les juges, lorsqu'ils sont confrontés à une clause ambigüe, qui substantiellement, est susceptible d'être illicite en fonction de l'interprétation retenue, devraient logiquement interpréter la clause litigieuse avant d'apprécier sa validité.

626. ***Conclusions pour des sanctions effectives.*** L'adoption d'un régime spécial des sanctions de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation ne suffit pas à assurer leur efficacité. En effet, l'effectivité de la sanction reste le problème principal qui entrave la protection des consommateurs. Plusieurs solutions permettraient de renforcer l'effectivité de la sanction, et par conséquent l'effectivité de la protection du consommateur.

627. *L'annulation unilatérale du contrat de consommation par le consommateur.* L'effectivité de la sanction peut être renforcée en développant la possibilité pour le consommateur de mettre en œuvre la sanction unilatéralement, en dehors de toute action judiciaire. En ce sens, il est proposé d'admettre l'annulation judiciaire du contrat aux risques et périls du consommateur[1049] par simple notification au professionnel, avant l'expiration du délai dans lequel il peut agir en justice. Le consommateur devrait motiver sa décision d'anéantir unilatéralement le contrat de consommation en précisant la violation de la loi sur laquelle il se fonde et en justifiant de l'inutilité du contrat. Le professionnel aurait alors la possibilité d'agir en justice pour contester l'annulation du contrat de consommation par le consommateur. L'initiative du procès serait alors inversée. L'inertie des consommateurs, découlant de la faiblesse des intérêts en jeu et de

[1048] V *supra* n^{os} 298 et s.
[1049] V. *supra* n^{os} 156 et s.

la complexité, de la lenteur et du coût d'une action en justice, ne profiterait plus aux professionnels.

628. *L'adaptation des règles procédurales des litiges individuels de consommation.* Pour renforcer l'effectivité des sanctions, l'adaptation des règles procédurales des litiges individuels de consommation est nécessaire en raison de la méconnaissance par les consommateurs de leurs droits. Les solutions du droit positif tendent à corriger ce déséquilibre. Ainsi, malgré la résistance de la Cour de cassation qui estimait que le juge ne peut relever d'office la méconnaissance de dispositions édictées dans l'intérêt d'une partie au procès, même lorsque cette disposition est une disposition d'ordre public, la possibilité pour les juge de relever d'office la violation des dispositions du Code de la consommation est consacrée par l'article L. 141-4 du Code de la consommation créé par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008. Cette règle est fondamentale pour assurer l'effectivité des sanctions de la violation du droit de la consommation, particulièrement lorsque le consommateur est défendeur au procès. L'article L. 141-4 du Code de la consommation n'envisage que la violation des dispositions d'ordre public du Code de la consommation. Or, le droit de la consommation n'est pas entièrement inclus dans le Code de la consommation. Il aurait été préférable que l'article admette la possibilité de relever d'office la violation de toute règle d'ordre public protectrice des intérêts des consommateurs.

629. *La collectivisation de l'action en justice.* La répétition de la violation de la loi en raison de la standardisation des biens et services proposés aux consommateurs et de la standardisation des contrats doit nécessairement entraîner une réponse collective. Une véritable action de groupe doit enfin être permise en France. La proposition n'est pas nouvelle[1050]. L'introduction d'une action de groupe est demandée par les associations de consommateurs et préconisée par une partie importante de la doctrine depuis les années 1980. Depuis 2005, les déclarations politiques des gouvernants affichent la volonté d'adopter une telle législation mais la réforme se fait attendre.

[1050] V. *supra* n° 580.

630. Les propositions doctrinales françaises formulées en ce sens convergent vers une procédure d'action de groupe en deux étapes[1051]. La première étape aboutirait à une décision constatant le comportement préjudiciable du professionnel. La seconde étape permettrait aux victimes, pendant un certain délai, de se prévaloir de cette décision pour obtenir réparation de leur préjudice. Par cette procédure collective, il s'agit donc bien de réparer les préjudices individuels des consommateurs, au moyen de sanctions prononcées à leur profit. Elle renforcerait l'effectivité de ces sanctions en facilitant les conditions d'accès à la justice des consommateurs, et ainsi améliorerait la réparation des victimes du comportement illicite du professionnel. Elle produirait également d'importants effets dissuasifs parce que d'une part, elle suppose, pour que les victimes du comportement reproché au professionnel puissent demander la réparation de leur préjudice, que des mesures de publicités autour de la décision soient organisées et d'autre part, l'effet de masse produit par l'addition des mesures réparatrices prononcées au profit de chaque victime serait bien plus pénalisant pour le professionnel que la réparation du préjudice des seuls consommateurs qui auraient eu suffisamment de ténacité pour exercer individuellement une action en justice. La procédure d'action de groupe pourrait utilement s'appuyer sur l'action en cessation d'agissements illicites exercée par les associations de consommateurs déjà prévue par l'article L. 421-6 du Code de la consommation. Ainsi, la décision consécutive à l'exercice de cette action pourrait, à la demande de l'association de consommateurs et en plus d'ordonner au professionnel de mettre fin au comportement illicite constaté, constituer la première étape d'une action de groupe destinée à réparer les préjudices individuels subit par chaque consommateur.

631. *La régularisation du contrat de consommation par le professionnel.* Pour renforcer l'effectivité du droit de la consommation, il est également souhaitable de prévoir un régime de la régularisation du contrat de consommation. Elle imposerait au professionnel de notifier au consommateur avec lequel il a contracté la violation de la loi qu'il a commise, et de proposer une solution permettant de régulariser le contrat. Le consommateur disposerait alors d'un bref délai à compter de la notification du professionnel pour accepter ou refuser la régularisation. S'il accepte la régularisation, le consommateur ne pourra plus invoquer la violation de la loi dont il a été informé. Il

[1051] V. *supra* n° 587.

pourra invoquer, le cas échéant, d'autres irrégularités dont il n'a pas connaissance. S'il refuse la régularisation, le consommateur conserve toute action fondée sur la violation de la loi dont il a été informée, à condition bien sûr que toutes les conditions de l'action soient réunies : annulation unilatérale du contrat, action en justice individuelle ou demande en réparation de son préjudice dans le cadre d'une action de groupe.

632. Pour une obligation précontractuelle d'information par exemple, la régularisation du contrat consisterait à fournir au consommateur l'information qui aurait dû lui être transmise. Pour l'insertion d'une clause illicite, la régularisation consisterait à informer le consommateur sur l'illicéité et la nullité de la clause. Le cas échéant, la loi pourrait préciser, pour certains types de violation de la loi, la manière dont s'opèrerait la régularisation. Les dispositions de la directive n° 2011/83/UE prévoient déjà, sans la nommer, une telle régularisation concernant la violation de l'obligation d'information concernant l'existence et la durée de la faculté légale de rétractation. L'article 10, alinéa 1er, de la directive dispose que la violation de cette obligation d'information a pour effet de prolonger le délai de rétractation pendant un délai de douze mois. Les dispositions de l'alinéa 2 précisent que le professionnel peut transmettre ces informations au consommateur pendant le délai de douze mois, ce qui aura pour effet de mettre fin au délai de rétractation à l'issue d'un délai de quatorze jours à compter du jour où le consommateur a reçu les informations.

633. Il faut aller plus loin que les dispositions communautaires en généralisant la solution et en permettant au juge d'ordonner la régularisation des contrats de consommation lorsqu'il constate une violation répétée de la loi. L'action en cessation d'agissements illicites apparaît encore une fois particulièrement adaptée pour être le cadre à l'occasion duquel la régularisation pourrait être imposée au juge. Ainsi, une association de consommateurs pourrait demander cumulativement que soit ordonné la cessation de l'agissement illicite, par exemple, la suppression d'une clause déclarée illicite dans les modèles de contrats, et la régularisation du contrat par la notification à tous les consommateurs avec lesquels il est contractuellement lié de l'illicéité et de la nullité de la clause. Dans cette hypothèse, la régularisation serait une sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation. Cette sanction est une sanction réparatrice parce qu'elle a pour effet principal de réparer les conséquences préjudiciables de la violation de la loi pour chaque consommateur. Elle est donc prononcée au profit de

la victime de l'illicéité. Mais elle aurait un effet dissuasif important parce qu'elle engendrerait des coûts de notification conséquents pour les professionnels et une mauvaise image auprès de ses clients.

634. A côté de la régularisation ordonnée par le juge, il faut également permettre aux professionnels qui désirent sécuriser le lien contractuel qui l'unit avec ses clients et éviter, par la suite, toute contestation juridique, de procéder, de leur propre chef, à la régularisation des contrats. Dans ce cas, la régularisation n'aurait pas le caractère d'une sanction mais constituerait un mécanisme intéressant parce qu'elle aurait pour effet de réparer ou de prévenir le dommage à l'initiative du professionnel. Elle serait alors un gage de l'effectivité du droit de la consommation. Toutefois, elle serait certainement peu appliquée parce qu'il est peu probable que les professionnels attirent l'attention de leurs clients sur la violation de la loi qu'ils ont eux-mêmes commise.

Les sanctions principalement dissuasives : des sanctions prononcées au nom d'un intérêt collectif

635. Les sanctions prononcées au profit d'un consommateur isolé, si elles sont principalement réparatrices, exercent également des effets dissuasifs lorsque leur mise en œuvre est répétée. Mais l'effet dissuasif des sanctions principalement réparatrices est insuffisant parce qu'elles sont choisies au regard du seul préjudice subi par les consommateurs. Il est donc nécessaire, en plus des sanctions principalement réparatrices, de prévoir des sanctions dissuasives, prononcées au nom d'un intérêt collectif, que ce soit au nom de l'intérêt général, ou plus particulièrement au nom de l'intérêt collectif des consommateurs.

636. ***Les sanctions pénales, prononcées au nom de l'intérêt général.*** La sanction pénale est, par excellence, une sanction prononcée au nom d'un intérêt collectif puisqu'elle est toujours prononcée au nom de l'intérêt général. L'étude menée a montré que la violation des dispositions du droit de la consommation était presque toujours sanctionnée par des sanctions pénales et que les incriminations pénales participaient à définir la protection des intérêts du consommateur par la prohibition des pratiques

commerciales déloyales[1052]. Dans une perspective dissuasive, la pénalisation des comportements est importante mais elle doit être limitée aux comportements les plus graves. En effet, la pénalisation massive des comportements nuit à la lisibilité du droit pénal parce qu'elle place sur le même plan le manquement involontaire à une exigence du formalisme informatif et l'emploi généralisé de pratiques commerciales déloyales. Elle dilue le caractère infamant de la sanction pénale et relativise la gravité du comportement sanctionné. En outre, la multiplication des incriminations favorise les incohérences dans la définition des comportements pénalement sanctionnés et l'apparition de concours d'infractions[1053]. Enfin, le droit pénal de la consommation se caractérise par sa rédaction complexe, qui ne favorise pas la connaissance des comportements prohibés et de leur sanction.

637. Il apparaît alors qu'une refonte complète du droit pénal de la consommation est indispensable pour améliorer l'efficacité dissuasive des sanctions pénales en droit de la consommation. Cette réforme devrait limiter le champ d'intervention du droit pénal de la consommation à l'incrimination des comportements les plus graves : les risques causés à la sécurité ou à la santé des personnes et les pratiques commerciales déloyales[1054]. Cette redéfinition complète des incriminations pénales doit s'opérer dans l'objectif d'améliorer leur lisibilité et dans le souci d'assurer leur conformer au principe de légalité criminelle et aux impératifs issus du droit communautaire. Les sanctions encourues par les professionnels pourraient être unifiées et choisies parmi celles les plus dissuasives pour les professionnels : la condamnation à de lourdes amendes dont le montant maximum serait déterminé en fonction de la répétition de la violation de la loi et la publicité autour de la décision de condamnation.

638. ***Les sanctions prononcées au profit des associations de consommateurs au nom de l'intérêt collectif des consommateurs.*** L'analyse de l'action en réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs fondée sur l'article L. 421-6 du Code de la consommation révèle qu'en réalité, la condamnation à des dommages et intérêts ne poursuit pas la réparation d'un préjudice mais la dissuasion de la violation du droit de la

[1052] V. *supra* n[os] 362 et s.
[1053] V. *supra* n[os] 513 et s.
[1054] V. supra n[os] 512 et s.

consommation. La consécration de cet état de fait, en substituant à l'action en réparation du préjudice collectif causé à l'intérêt des consommateurs une action en répétition des profits engendrés par la lésion de l'intérêt collectif des consommateurs dont les conditions de recevabilité seraient assouplies, permettrait de renforcer son efficacité dissuasive. L'appréciation des dommages et intérêts par rapport aux profits qu'a retirés le professionnel de la violation de la loi permettrait aux juges de prononcer des condamnations plus lourdes et à ce titre, plus dissuasives.

639. Il apparait, en dernière analyse, que pour que la sanction de la violation du droit de la consommation dans les contrats de consommation soit efficace, tant dans une perspective réparatrice que dans une perspective dissuasive, sa mise en œuvre par des moyens collectifs doit être encouragée. Elle permettrait de répondre à la standardisation des produits et des contrats proposés aux consommateurs. Le rôle des associations de consommateurs devrait encore être renforcé pour qu'elles deviennent l'acteur central de la défense des intérêts des consommateurs. Mais cela suppose une politique volontaire du législateur, qui leur donnerait les moyens juridiques de leurs actions.

Annexe : Sanctions pénales en matière de pratiques commerciales interdites ou règlementées par le Code de la consommation

Infractions	Peines encourues
R. 113-1, al. 1 – Infractions à la règlementation sur les prix Vendre des biens ou produits, ou la prestation de services à des prix fixés en violation des décrets pris en application de l'article 1er de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 reproduit à l'article L. 113-1, ou des arrêtés ayant le même objet pris en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 et maintenus en vigueur à titre transitoire par l'article 61 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 ci-dessus mentionnée, figurant en annexe au présent code	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 113-1, al. 2 − Violation de l'information sur les prix Infraction aux arrêtés prévus à l'article L. 113-3 fixant les modalités d'information du consommateur sur les prix et conditions particulières de vente ainsi qu'aux arrêtés ayant le même objet pris en application de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
L. 115-16 – Appellation d'origine - Utilisation frauduleuse d'une appellation d'origine - Tromperie sur l'existence d'une appellation d'origine - Faire croire qu'un produit bénéficiant d'une appellation d'origine est garantie par l'Etat - Mentionner dans la composition d'un produit un produit faisant l'objet d'une appellation d'origine lorsque cela détourne ou affaiblit sa réputation	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - affichage de la décision - publication de la décision dans les journaux - interdiction professionnelle
L. 115-18 – Signe de qualité – Appellation d'origine - Utilisation des mentions interdites en vertu des articles L. 115-3 et L. 115-9 (mentions interdites par décrets pris en application de l'article L. 115-2, ou à la suite d'une décision judiciaire, en vue d'éviter toute confusion avec un produit bénéficiant d'une appellation d'origine) - Utilisation des mentions interdites à l'article L. 643-1 du Code rural et de la pêche maritime (utilisation d'une appellation d'origine ou d'un moyen l'évoquant pour un produit similaire)	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - affichage de la décision - publication de la décision dans les journaux - interdiction professionnelle
L. 115-20 – Signe de qualité – Label rouge - Utilisation frauduleuse d'un label rouge - Tromperie sur l'existence d'un label rouge - Faire croire ou de tenter de faire croire qu'un produit assorti d'un label rouge est garanti par l'Etat ou par un	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes**

organisme public.	**physiques :** - affichage de la décision - publication de la décision dans les journaux
L. 115-22 – Signe de qualité – Appellation d'origine protégée, l'indication géographique protégée, la spécialité traditionnelle garantie - utilisation frauduleuse d'un de ces signes de qualité - tromperie sur l'existence d'un de ces signes de qualité - faire croire ou de tenter de faire croire qu'un produit assorti d'un de ces signes de qualité est garanti par l'Etat ou par un organisme public	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - affichage de la décision - publication de la décision dans les journaux
L. 115-24 – Signe de qualité – Mention agriculture biologique - utilisation frauduleuse de la mention agriculture biologique - tromperie sur l'existence d'une mention agriculture biologique - faire croire ou de tenter de faire croire qu'un produit assorti d'une mention agriculture biologique est garanti par l'Etat ou par un organisme public	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - affichage de la décision - publication de la décision dans les journaux
L. 115-26 – Signe de qualité – Certificat de conformité des produits agricoles et des denrées alimentaires - utilisation frauduleuse d'un certificat de conformité - tromperie sur l'existence d'un certificat de conformité - faire croire ou de tenter de faire croire qu'un produit assorti d'un certificat de conformité est garanti par l'Etat ou par un organisme public - se prévaloir d'une démarche de certification non enregistrée	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - affichage de la décision - publication de la décision dans les journaux
R. 115-3 – Signe de qualité – Certificat de conformité des produits autres qu'alimentaires Violation de l'obligation d'information imposée par l'article R. 115-2 et concernant l'organisme certificateur et le référentiel utilisé pour la certification	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
L. 121-1 Pratique commerciale trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Une pratique commerciale est trompeuse : - lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial, ou un autre signe distinctif d'un concurrent ; - lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur les éléments essentiels du bien ou du service fourni et les conditions de l'exécution du contrat de consommation - lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable. - lorsqu'elle omet, dissimule ou fournit de façon inintelligible, ambiguë ou à contretemps une information substantielle ou lorsqu'elle n'indique pas sa véritable	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives

intention commerciale dès lors que celle-ci ne ressort pas déjà du contexte	
L. 121-1-1 1° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Se prétendre signataire d'un code de conduite alors qu'on ne l'est pas	**Peines principales L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 2° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Afficher un certificat, un label de qualité ou un équivalent sans avoir obtenu l'autorisation nécessaire	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 3° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Affirmer qu'un code de conduite a reçu l'approbation d'un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 4° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Affirmer qu'un professionnel, y compris à travers ses pratiques commerciales, ou qu'un produit ou service a été agréé, approuvé ou autorisé par un organisme public ou privé alors que ce n'est pas le cas, ou de ne pas respecter les conditions de l'agrément, de l'approbation ou de l'autorisation reçue	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 5° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des

prix indiqué sans révéler les raisons plausibles que pourrait avoir le professionnel de penser qu'il ne pourra fournir lui-même, ou faire fournir par un autre professionnel, les produits ou services en question ou des produits ou services équivalents au prix indiqué, pendant une période et dans des quantités qui soient raisonnables compte tenu du produit ou du service, de l'ampleur de la publicité faite pour le produit ou le service et du prix proposé	dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 6° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Proposer l'achat de produits ou la fourniture de services à un prix indiqué, et ensuite : a) De refuser de présenter aux consommateurs l'article ayant fait l'objet de la publicité ; b) Ou de refuser de prendre des commandes concernant ces produits ou ces services ou de les livrer ou de les fournir dans un délai raisonnable ; c) Ou d'en présenter un échantillon défectueux, dans le but de faire la promotion d'un produit ou d'un service différent	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 7° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Déclarer faussement qu'un produit ou un service ne sera disponible que pendant une période très limitée ou qu'il ne sera disponible que sous des conditions particulières pendant une période très limitée afin d'obtenir une décision immédiate et priver les consommateurs d'une possibilité ou d'un délai suffisant pour opérer un choix en connaissance de cause	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 8° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre S'engager à fournir un service après-vente aux consommateurs avec lesquels le professionnel a communiqué avant la transaction dans une langue qui n'est pas une langue officielle de l'Etat membre de l'Union européenne dans lequel il est établi et, ensuite, assurer ce service uniquement dans une autre langue sans clairement en informer le consommateur avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction	**Peines principales L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 9° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Déclarer ou de donner l'impression que la vente d'un produit ou la fourniture d'un service est licite alors qu'elle ne l'est pas	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire)

	- diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 10° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Présenter les droits conférés au consommateur par la loi comme constituant une caractéristique propre à la proposition faite par le professionnel	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 11° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Utiliser un contenu rédactionnel dans les médias pour faire la promotion d'un produit ou d'un service alors que le professionnel a financé celle-ci lui-même, sans l'indiquer clairement dans le contenu ou à l'aide d'images ou de sons clairement identifiables par le consommateur	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 12° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Formuler des affirmations matériellement inexactes en ce qui concerne la nature et l'ampleur des risques auxquels s'expose le consommateur sur le plan de sa sécurité personnelle ou de celle de sa famille s'il n'achète pas le produit ou le service	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 13° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Promouvoir un produit ou un service similaire à celui d'un autre fournisseur clairement identifié, de manière à inciter délibérément le consommateur à penser que le produit ou le service provient de ce fournisseur alors que tel n'est pas le cas	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 14° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement

Déclarer que le professionnel est sur le point de cesser ses activités ou de les établir ailleurs alors que tel n'est pas le cas	- 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 15° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Affirmer d'un produit ou d'un service qu'il augmente les chances de gagner aux jeux de hasard	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 16° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Affirmer faussement qu'un produit ou une prestation de services est de nature à guérir des maladies, des dysfonctionnements ou des malformations	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 17° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Communiquer des informations matériellement inexactes sur les conditions de marché ou sur les possibilités de trouver un produit ou un service, dans le but d'inciter le consommateur à acquérir celui-ci à des conditions moins favorables que les conditions normales de marché	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 18° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Affirmer, dans le cadre d'une pratique commerciale, qu'un concours est organisé ou qu'un prix peut être gagné sans attribuer les prix décrits ou un équivalent raisonnable	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :**

	- publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 19° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Décrire un produit ou un service comme étant " gratuit ", " à titre gracieux ", " sans frais " ou autres termes similaires si le consommateur doit payer quoi que ce soit d'autre que les coûts inévitables liés à la réponse à la pratique commerciale et au fait de prendre possession ou livraison de l'article	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 20° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Inclure dans un support publicitaire une facture ou un document similaire demandant paiement qui donne au consommateur l'impression qu'il a déjà commandé le produit ou le service commercialisé alors que tel n'est pas le cas	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires personnes physiques L. 121-4 :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 21° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Faussement affirmer ou donner l'impression que le professionnel n'agit pas à des fins qui entrent dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale, ou se présenter faussement comme un consommateur	**Peines principales personnes physiques L. 121-6 :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires L. 121-4 personnes physiques :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-1-1 22° – Pratique commerciale réputée trompeuse – responsabilité de la personne pour laquelle la pratique commerciale est mise en œuvre Créer faussement l'impression que le service après-vente en rapport avec un produit ou un service est disponible dans un Etat membre de l'Union européenne autre que celui dans lequel le produit ou le service est vendu	**Peines principales L. 121-6 personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses engagées pour la mise en œuvre de la pratique commerciale déloyale **Peines complémentaires L. 121-4 personnes physiques :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives
L. 121-14 – Publicité comparative - publicité trompeuse ou de nature à induire en erreur	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement ou quatre ans

- publicité comparative qui ne porte pas sur les biens ou des services répondant aux mêmes objectifs - publicité comparative qui ne compare pas des caractéristiques essentielles, pertinentes, vérifiables et représentatives de ces biens ou services - publicité comparative qui ne compare pas objectivement une de ces qualités - publicité comparative faisant référence à une offre spéciale qui n'indique pas la date de disponibilité des biens (ou limitation de l'offre dans la limité des stocks disponibles) et les conditions spécifiques applicables - tirer indûment profit de la notoriété attachée à une marque de fabrique, de commerce ou de service, à un nom commercial, à d'autres signes distinctifs d'un concurrent ou à l'appellation d'origine ainsi qu'à l'indication géographique protégée d'un produit concurrent - entraîner le discrédit ou le dénigrement des marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens, services, activité ou situation d'un concurrent - engendrer de confusion entre l'annonceur et un concurrent ou entre les marques, noms commerciaux, autres signes distinctifs, biens ou services de l'annonceur et ceux d'un concurrent - présenter des biens ou des services comme une imitation ou une reproduction d'un bien ou d'un service bénéficiant d'une marque ou d'un nom commercial protégé. - comparer des produits dont un seul bénéficie d'une appellation d'origine ou d'une indication géographique protégée - ne pas être en mesure de prouver dans un bref délai l'exactitude matérielles des allégations contenues dans la publicité	d'emprisonnement ou huit ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 400 000 euros d'amende ou 800 000 euros d'amende ou 50% des frais engagés dans la publicité **Peines complémentaires personnes physiques :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives - privation du droit d'élection et d'éligibilité pour les tribunaux de commerce, les chambres de commerce et d'industrie, les chambres de métiers et les conseils de prud'homme
L. 121-15 – Publicité - publicité sur une opération commerciale soumise à autorisation telle les liquidations, les ventes aux déballages, les soldes ou les ventes en magasins d'usine qui n'ont pas fait l'objet d'une autorisation - publicité commerciale sur une opération qui nécessite l'emploi de salariés soumis à autorisation en l'absence d'autorisation - sur une opération commerciale en infraction aux règles relatives au repos hebdomadaire - sur une opération commerciale qui nécessite une autorisation et qui n'a pas fait l'objet de cette autorisation	**Peines principales personnes physiques :** - 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses liées à la publicité **Peines complémentaires personnes physiques :** - Cessation de la publicité
L. 121-15-3 – Publicité. Violation des articles L.121-15-1 et L.121-15-2 imposant l'identification du caractère publicitaire du courrier papier ou électronique	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou 50% des frais liés à la publicité **Peines complémentaires personnes physiques :** - publication du jugement (peine accessoire) - diffusion d'une ou plusieurs annonces rectificatives

R. 121-1 – Contrats conclus à distance ne portant pas sur des services financiers - ne pas mentionner dans l'offre de contrat prévue à l'article L.121-18 du Code de la consommation : nom du vendeur du produit ou du prestataire de service, ses coordonnées téléphoniques permettant d'entrer effectivement en contact avec lui, son adresse ou, s'il s'agit d'une personne morale, son siège social et, si elle est différente, l'adresse de l'établissement responsable de l'offre ; les frais de livraison ; les modalités de paiement, de livraison ou d'exécution ; l'existence d'un droit de rétractation et ses limites éventuelles ou, dans le cas où ce droit ne s'applique pas, l'absence d'un droit de rétractation ; la durée de la validité de l'offre et du prix de celle-ci ; le coût de l'utilisation de la technique de communication à distance utilisée lorsqu'il n'est pas calculé par référence au tarif de base ; le cas échéant, la durée minimale du contrat proposé, lorsqu'il porte sur la fourniture continue ou périodique d'un bien ou d'un service. - faire apparaitre de manière équivoque le caractère commercial de ces informations - ne pas communiquer ces informations de manière claire et compréhensible, - communiquer ces informations par un moyen inadapté à la technique de communication à distance utilisée. - en cas de démarchage par téléphone ou par toute autre technique assimilable, ne pas indiquer explicitement au début de la conversation son identité et le caractère commercial de l'appel	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R.121-1-1 – Contrats conclus à distance ne portant pas sur des services financiers - Violation de l'obligation d'information qui doit intervenir au plus tard au moment de la livraison du bien ou de l'exécution de la prestation de service prévue à l'article L. 121-19 du Code de la consommation : certaines informations imposées par les articles L. 121-18, L. 111-1, L. 111-2, L. 113-3, ou celles prévues pour l'application de l'article L. 214-1 ; information concernant le droit de rétractation ; l'adresse de l'établissement du fournisseur où le consommateur peut présenter ses réclamations ; les informations relatives au service après-vente et aux garanties commerciales ; les conditions de résiliation du contrat lorsque celui-ci est d'une durée indéterminée ou supérieure à un an	
R. 121-2-3 – Contrats conclus à distance portant sur des services financiers - ne pas communiquer au consommateur les informations mentionnées aux 1°, 2°, 3° et 5° de l'article R. 121-2-1 concernant le fournisseur du service financier et le cas échéant son représentant ou son intermédiaire, le service financier et les conditions particulières du contrat à distance telle que l'existence d'un droit de rétractation ou les droits contractuels du consommateur et le caractère de l'appel lorsqu'il intervient à l'initiative du professionnel	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe

- ne pas communiquer au consommateur les informations mentionnées 5° de l'article L. 121-20-10 c'est-à-dire la loi applicable et l'existence de toute clause concernant une juridiction - communiquer ces informations sans faire apparaître de manière claire le caractère commercial de sa démarche	
R. 121-2-4 – Contrats conclus à distance portants sur des services financiers - ne pas communiquer au consommateur les informations mentionnées à cet article L. 121-20-1. Cet article renvoie aux conditions contractuelles et aux informations mentionnées à l'article L. 121-20-10 qui correspondent aux informations qui doivent être transmises au titre des 1°, 2°, 3° et 5° de l'article R.121-2-1. - communiquer ces informations dans des conditions autres que celles prévues à l'article L. 121-20-11 c'est-à-dire par écrit ou sur un autre support durable à sa disposition et auquel il a accès en temps utile et avant tout engagement	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R.121-2-5 – Contrats conclus à distance portant sur des services financiers - ne pas restituer les sommes après rétractation du consommateur	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
L. 121-28 – Démarchage Infractions aux articles L. 121-23, L. 121-24, L. 121-26 et L. 121-27 - ne pas remettre un exemplaire du contrat au consommateur au moment de la formation du contrat - ne pas mentionner dans le contrat les informations prévues à l'article L. 121-23 qui concernent l'identité du professionnel, le lieu de conclusion du contrat, les caractéristiques du produit, les conditions d'exécution du contrat, le prix, la faculté de rétractation dont dispose le consommateur et la reproduction des articles L. 121-23, L.121-24, L.121-26 et L.121-27 - ne pas intégrer dans le contrat un formulaire de rétractation détachable - insérer une clause attributive de compétence - ne pas faire signer et dater le contrat de la main du consommateur - exiger ou recevoir un paiement avant l'expiration du délai de rétractation de sept jours - ne pas envoyer par écrit une confirmation de l'offre faite au consommateur par téléphone ou tout moyen technique assimilable	**Peines principales personnes physiques :** - un an d'emprisonnement - 3 750 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Interdictions professionnelles
L.121-33 – Démarchage. Exercer un démarchage en vue de la vente, de la location ou de la location-vente ayant la même utilité qu'un service dont le démarchage est interdit.	**Peines principales personnes physiques :** - un an d'emprisonnement - 3 750 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Interdictions professionnelles
R. 121-13 – Vente avec prime déloyale - effectuer une vente avec prime prohibée par l'article L.	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe

121-35 - dépasser le montant maximum de la prime autorisée définie par l'article R. 121-8 - Violation des règles de marquage publicitaire prévue par l'article R. 121-10	
R. 121-13 – Refus de vente (L. 121-21)	**Peines principales :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-13 – Subordination de vente (L. 121-21)	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
L.121-41 – Loterie publicitaire Infractions aux articles L. 121-36 à L. 121-39 : - ne pas distinguer le bon de participation à la loterie du bon de commande - susciter la confusion avec un document administratif ou bancaire, ou avec une publication de la presse d'information - ne pas faire figurer un inventaire lisible des lots mis en jeu - ne pas reproduire la mention « le règlement des opérations est adressé, à titre gratuit, à toute personne qui en fait la demande » - ne pas préciser ou la demande d'obtention du règlement doit être adressée - ne pas déposer le règlement des opérations auprès d'un officier ministériel - ne pas fournir gratuitement le règlement des opérations à toute personne qui en fait la demande - ne pas respecter les conditions de présentations précisées par décret en Conseil d'Etat (article R. 121-12 et R. 121-13)	**Peines principales personnes physiques :** - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - publication de la décision aux frais du condamné - envoi de la décision à toutes les personnes condamnées par le délit - affichage de la décision
L. 121-79-1 – Contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé - Soumettre une offre au consommateur qui ne respecte pas les conditions des articles L. 121-63 à L. 121-65 ~ ne pas communiquer les informations prévues à l'article L. 121-63 : identité du professionnel, informations relatives au bien, nature des droits conférés au consommateur, modalité d'exécution du contrat, prix, délai de rétractation… ~ ne pas communiquer ces informations par écrit, de manière claire et compréhensible, en temps utile avant tout engagement du consommateur ~ ne pas communiquer ces informations au moyen d'un formulaire établi par arrêté conjoint du ministre chargé de la consommation et du ministre de la justice ~ ne pas respecter le choix du consommateur sur la langue dans laquelle est rédigé le contrat - diffuser ou faire diffuser une publicité non conforme à L. 121-62. Elle doit mentionner la possibilité pour toute personne d'obtenir les informations prévues aux articles L. 121-63 et L. 121-64 et elle ne peut pas présenter l'opération comme un investissement	**Peines principales personnes physiques :** - 15 000 euros d'amende
L. 121-7 – Contrat de jouissance d'immeuble à temps partagé - exiger ou recevoir versement avant l'écoulement du délai de rétractation - faire supporter des coûts directement ou indirectement au	**Peines principales personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende

consommateur qui exerce sa faculté de rétractation	
L. 121-82 – Appellation boulanger et enseigne commerciale de boulangerie - utiliser l'appellation « boulanger » ou l'enseigne commerciale « boulangerie » sans satisfaire aux conditions de l'article L. 121-80 et L. 121-81	**Peines principales personnes physiques :** - deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende ou le cas échéant 50% des dépenses liées à la pratique prohibée
R. 121-14 – Gaz et électricité Ne pas mentionner dans l'offre de contrat les informations prévues à l'article L. 121-87 relatives à l'identité du fournisseur, aux prestations, aux prix, aux conditions du contrat	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-15 – Gaz et électricité - ne pas fournir un contrat écrit ou sur un support durable - ne pas mentionner dans le contrat les informations prévues à l'article L. 121-88 relatives	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-16 – Gaz et électricité - facturer des frais de résiliation autres que ceux prévus à l'article L.121-89	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-17 – Gaz et électricité - ne pas communiquer tout projet de modification unilatérale prévue du contrat conformément à l'article L. 121-90 - ne pas mentionner la faculté de résiliation dont dispose le consommateur à cette occasion	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-18 – Gaz et électricité. - ne pas facturer au moins une fois par an en fonction de l'énergie effectivement consommée conformément à l'article L. 121-91 - présenter une facturation non conforme aux arrêtés pris en application de l'article L. 121-91	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-19 – Gaz et électricité - ne pas proposer un contrat unique de fourniture de gaz et d'électricité conformément aux dispositions de l'article L. 121-92 - refuser au consommateur le bénéfice d'une prestation technique offerte par le gestionnaire de réseau dans le cadre du contrat unique - facturer des frais autres que ceux imputés par le gestionnaire de réseau pour l'accès au réseau	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 121-20 – Gaz et électricité - ne pas adapté le contrat ou les informations qu'il a demandé au handicap du consommateur.	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 122-1 – Envoi forcé	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe **Peines complémentaires personnes physiques :** - interdiction d'émettre des chèques - confiscation de la chose qui a permis de commettre le délit ou qui en est le produit

	Peines personnes morales : - amende - interdiction d'émettre des chèques - confiscation de la chose qui a permis de commettre le délit ou qui en est le produit
L. 122-7 – Vente « à la boule de neige »	**Peines principales personnes physiques :** - 4 500 euros d'amende
L. 122-8 à L. 122-9 – Abus de faiblesse	**Peines principales personnes physiques :** - Cinq ans d'emprisonnement - 9 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - interdiction professionnelle
L.122-12 – Pratiques commerciales agressives. - sollicitations répétées et insistantes ou de l'usage d'une contrainte physique ou morale, et compte tenu des circonstances qui l'entourentL122-11 et L122-11-1 qui : ~ altèrent ou sont de nature à altérer de manière significative la liberté de choix d'un consommateur ~ vicient ou sont de nature à vicier le consentement d'un consommateur ; ~ entravent l'exercice des droits contractuels d'un consommateur	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 1° – Pratique commerciale réputée agressive Donner au consommateur l'impression qu'il ne pourra quitter les lieux avant qu'un contrat n'ait été conclu	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 2° – Pratique commerciale réputée agressive D'effectuer des visites personnelles au domicile du consommateur, en ignorant sa demande de voir le professionnel quitter les lieux ou de ne pas y revenir, sauf si la législation nationale l'y autorise pour assurer l'exécution d'une obligation contractuelle	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 3° – Pratique commerciale réputée agressive De se livrer à des sollicitations répétées et non souhaitées par téléphone, télécopieur, courrier électronique ou tout autre outil de communication à distance	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende

	Peines complémentaires personnes physiques : -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 4° – Pratique commerciale réputée agressive D'obliger un consommateur qui souhaite demander une indemnité au titre d'une police d'assurance à produire des documents qui ne peuvent raisonnablement être considérés comme pertinents pour établir la validité de la demande ou s'abstenir systématiquement de répondre à des correspondances pertinentes, dans le but de dissuader ce consommateur d'exercer ses droits contractuels	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 5° – Pratique commerciale réputée agressive Dans une publicité, d'inciter directement les enfants à acheter ou à persuader leurs parents ou d'autres adultes de leur acheter le produit faisant l'objet de la publicité	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 6° – Pratique commerciale réputée agressive D'exiger le paiement immédiat ou différé de produits fournis par le professionnel sans que le consommateur les ait demandés, ou exiger leur renvoi ou leur conservation, sauf lorsqu'il s'agit d'un produit de substitution fourni conformément à l'article L. 121-20-3	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 7° – Pratique commerciale réputée agressive D'informer explicitement le consommateur que s'il n'achète pas le produit ou le service, l'emploi ou les moyens d'existence du professionnel seront menacés	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
L. 122-12-1 8° – Pratique commerciale réputée agressive De donner l'impression que le consommateur a déjà gagné,	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement

gagnera ou gagnera en accomplissant tel acte un prix ou un autre avantage équivalent, alors que, en fait : -soit il n'existe pas de prix ou autre avantage équivalent ; -soit l'accomplissement d'une action en rapport avec la demande du prix ou autre avantage équivalent est subordonné à l'obligation pour le consommateur de verser de l'argent ou de supporter un coût.	- 150 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** -Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** Toutes les peines prévues par l'article 131-39 du Code pénal
R. 134-1 – Absence de remise des contrats - ne pas remettre à une personne qui en fait la demande un exemplaire des conventions qu'il propose habituellement	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 211-3 – Garantie commerciale - Présentation des écrits relatifs à la garantie commerciale non conforme à la règlementation	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la troisième classe
R. 211-5 – Garantie commerciale - Prévoir une garantie commerciale dans le contrat de consommation sans indiquer que les garanties légales demeurent applicables	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la troisième classe
L. 213-1 – Tromperie Tromper ou tenter de tromper le contractant sur les qualités substantielles du bien ou du service fourni	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Publication ou affichage de la décision - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-2 – Tromperie aggravée - Tromperie qui a eu pour conséquence de rendre l'utilisation de la marchandise dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal	**Peines principales personnes physiques :** - Quatre ans d'emprisonnement - 75 000 euros d'amende

	Peines complémentaires personnes physiques : - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Confiscation de tout ou partie du produit de la vente ou de la prestation de service - Publication ou affichage de la décision - Retrait des produits sur lesquels a porté l'infraction - Diffusion d'une annonce rectificative - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-2 – Tromperie aggravée Tromperie commise à l'aide de certains procédés tels que l'emploi de poids ou d'instruments de mesure inexacts	**Peines principales personnes physiques :** - Quatre ans d'emprisonnement - 75 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Publication ou affichage de la décision - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire

	admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-2-1 Exportation vers un pays de l'UE de denrées alimentaires dangereuses en méconnaissance de l'art. 12 R CE n°178/2002	**Peines principales personnes physiques :** - Quatre ans d'emprisonnement - 75 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Publication ou affichage de la décision - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-3 – Falsification - Falsifier des denrées alimentaires, des médicaments, des boissons ou des produits agricoles ou naturels destinés à être vendus - Exposer, vendre ou mettre en vente de telle marchandise - Exposer, vendre ou mettre en vente, en connaissant leur destination, du matériel apte à effectuer une falsification - Provoquer à l'emploi de matériel permettant une falsification	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Publication ou affichage de la décision - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de

	l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-3 al. 2 – Falsification aggravée Falsification qui a pour conséquence de rendre le produit dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal	**Peines principales personnes physiques :** - Quatre ans d'emprisonnement - 75 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Confiscation de tout ou partie du produit de la vente ou de la prestation de service - Publication ou affichage de la décision - Retrait des produits sur lesquels a portés l'infraction - Diffusion d'une annonce rectificative - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-4 – Délit connexe à la falsification Détenir des appareils permettant la falsification, des denrées corrompues, falsifiées ou toxiques ou des médicaments falsifiés	**Peines principales personne physiques :** - Trois mois d'emprisonnement - 4 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique)

	- Publication ou affichage de la décision - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 213-4 al. 2 – Délit connexe à la falsification Détenir une denrée alimentaire falsifiée ou un médicament falsifié dangereuse pour la santé de l'homme ou de l'animal	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Confiscation de tout ou partie du produit de la vente ou de la prestation de service - Publication ou affichage de la décision - Retrait des produits sur lesquels a porté l'infraction - Diffusion d'une annonce rectificative - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée

L. 213-4 al. 4 – Délit connexe à la falsification Détenir ou vendre des produits destinés à la préparation ou à la conservation des boissons qui ne porteront pas sur une étiquette l'indication des éléments entrant dans leur composition et la proportion de ceux de ces éléments dont l'emploi n'est admis par les lois et règlements en vigueur qu'à doses limitées.	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la troisième classe **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Publication ou affichage de la décision - Interdiction professionnelle **Peines personnes morales :** - 187 500 euros d'amende - Interdiction de l'activité à l'occasion ou dans l'exercice de laquelle l'infraction a été commise - Placement sous surveillance judiciaire - Fermeture des établissements de l'entreprise ayant servi à commettre les faits incriminés - Exclusion des marchés publics - Interdiction de procéder à une offre au public de titres financiers ou de faire admettre ses titres financiers aux négociations sur un marché réglementé ; - L'interdiction d'émettre des chèques - Confiscation - Affichage ou diffusion de la décision prononcée
L. 214-2 – Contraventions de fraude - Infractions aux décrets pris en application de L. 214-1, L. 215-1 dernier alinéa et L.215-4. L'article L.214-3 étend aux règlements communautaires qui ont le même objet. - Mettre en vente des produits sans attendre le résultat d'un contrôle officiel en cours qui seront reconnues frauduleuses ou falsifiées à l'issue de ce contrôle	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la troisième classe **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation et destruction du matériel permettant la falsification (peine automatique) - Publication ou affichage de la décision
L. 217-1 – Tromperie sur le nom du fabriquant ou le lieu de fabrication Faire apparaître le nom d'un fabriquant ou d'un lieu de fabrication autre que le fabriquant ou le lieu de fabrication réel	**Peines principales personnes physiques :** **Peines complémentaires personnes physiques :** - Interdictions professionnelles
R. 217-1 – Importation de produits prohibés Détenir en vue de la vente ou de la distribution à titre gratuit, mettre en vente, vendre, distribuer à titre gratuit des produits dont l'importation est prohibée par les décisions prises en application de l'article 18 de la directive 91/496/CEE du Conseil du 15 juillet 1991 ou de l'article 22 de la directive 97/78/CE du Conseil du 18 décembre 1997 ou qui ne sont pas conformes aux prescriptions qu'elles édictent.	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe **Peines complémentaires personnes physiques:** - Confiscation de la chose qui a servi ou qui était destinée à commettre l'infraction - Confiscation de la chose produit de l'infraction
L. 217-2 – Tromperie sur l'identification du produit	**Peines principales personnes physiques :**

Masquer ou altérer certains signent d'identification du produit	- Deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Affichage ou publication de la décision - Interdictions professionnelles
L. 217-3 – Tromperie sur l'identification du produit Détenir dans leurs locaux commerciaux ou exposer, mettre en vente, vendre des produits qui ont subi l'altération définie par l'article L. 217-2	**Peines principales personnes physiques :** **Peines complémentaires personnes physiques :** - Affichage ou publication de la décision - Interdictions professionnelles
L. 217-6 et L. 217-7 – Tromperie sur le lieu de fabrication ou l'origine d'un produit Faire croire à la fabrication française d'un produit étranger	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 37 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Interdictions professionnelles
L. 217-11 – Inexécution des procédures de retrait ou de rappel	**Peines principales personnes physiques :** - Quatre ans d'emprisonnement - 75 000 euros d'amende
L. 218-7 – Traitement par ionisation - procéder au traitement par ionisation des denrées sans être titulaire de l'agrément - ne pas exécuter les mesures ordonnées en application des dispositions du présent chapitre	**Peines principales personnes physiques :** - un an d'emprisonnement - 15 euros d'amende
R. 223-1 – Sécurité des produits Infractions aux arrêtés pris en application de l'article L. 221-5 et aux décisions de la Commission européenne ayant le même objet consistant à : - Fabriquer, importer, exporter, mettre sur le marché à titre gratuit ou onéreux, détenir en vue de la vente ou de la distribution à titre gratuit un produit ou un service ayant fait l'objet d'une mesure de suspension ; - Omettre de diffuser les mises en garde ou précautions d'emploi ordonnées ; - Ne pas échanger, ne pas modifier ou ne pas rembourser totalement ou partiellement le produit ou le service, dans les conditions de lieu et de délai prescrites ; - Ne pas procéder au retrait ou à la destruction d'un produit	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe **Peines complémentaires personnes physiques :** - Confiscation de la chose qui a servi à commettre l'infraction ou qui en est le produit
R. 223-2 – Sécurité des produits Infraction aux décisions de la Commission européenne prises sur le fondement de l'article L. 221-11	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la cinquième classe
R. 223-3 – Sécurité des produits - *Infractions aux arrêtés pris en application de l'article L. 221-6 consistant à :* ~ Ne pas respecter les mesures d'urgence prescrites pour faire cesser le danger grave ou immédiat présenté par le service	**Peines principales personnes physiques :** - Contravention de la quatrième classe

~ Ne pas respecter la mesure de suspension de la prestation de service.	
L. 311-49 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale de l'annonceur pour le compte duquel est diffusé une publicité - publicité non conforme aux dispositions de l'article L. 311-4 et - *publicité non conforme aux dispositions de l'article L. 311-5 :* - *publicité non conforme aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 311-17 :* pour les publicités portant sur un carte de crédit, ne pas mentionner les modalités d'utilisation à comptant et les modalités d'utilisation du crédit - *publicité non conforme aux dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 311-17-1 :* pour les publicités portant sur l'utilisation d'une carte de crédit, ne pas mentionner les modalités d'utilisation du crédit - *publicité non conforme aux dispositions de l'article L. 311-27 :* ne pas mentionner dans une publicité pour un crédit gratuit l'avantage éventuellement consenti aux consommateurs qui paye à comptant et la personne qui prend en charge le coût du crédit	**Peines principales personnes physiques :** - 1 500 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Publication - Rectification de la publicité aux frais du condamné
L. 311-23 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale du prêteur – fiche d'information précontractuelle - *Violation des formalités prescrites à l'article L.311-6 :* ~ ne pas fournir préalablement à la conclusion du contrat une fiche d'information contenant les informations nécessaires à la comparaison de différentes offre et pour comprendre l'tendue de l'engagement du consommateur, ~ ne pas mentionner dans la fiche d'information les informations prévues par décret en Conseil d' Etat (R. 311-3), ~ ne pas remettre la fiche d'information sur le lieu de vente d'un produit lorsque le crédit est sollicité sur ce lieu de vente, ~ ne pas fournir des informations sur l'assurance à l'aide d'un exemple chiffré exprimé en euro et par mois ; - *Violation des formalités prescrites à l'article l. 311-7 dernier alinéa :* donner des informations complémentaires non prévues par l'article L. 311-6 dans la fiche d'information mentionner à cette article	**Peines principales personnes physiques :** - 1 500 euros d'amende
L. 311-49 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale du prêteur – contrat de crédit - *Violation des formalités prescrites à l'article L. 311-11 :* ~ ne pas établir le contrat de crédit par écrit ou sur un support durable, ~ ne pas remettre un exemplaire du contrat à l'emprunteur ou aux cautions, ~ ne pas maintenir les conditions de cette offre de contrat pendant un délai de quinze jours - *Violation des formalités prescrites à article L. 311-18 :* ~ ne pas établir le contrat de crédit par écrit ou sur un support durable	**Peines principales personnes physiques :** - 1 500 euros d'amende

~ ne pas établir le contrat de crédit sur un support distinct de tout document publicitaire ou de la fiche d'information précontractuelle prévue à l'article L. 311-6 ~ ne pas insérer un encadrer en début de contrat précisant les caractéristiques essentielles du contrat de crédit, la liste des informations devant figurer dans cet encadré sont précisées par un décret en Conseil d'Etat (R. 311-5) - *Violation des formalités prescrites à l'article L. 311-19 :* ~ le cas échéant, ne pas remettre de notice concernant l'assurance assortissant le contrat de crédit ~ ne pas mentionner les informations imposées par les dispositions légales et règlementaires dans la notice d'assurance ~ lorsque l'assurance est obligatoire, ne pas informer le consommateur sur la possibilité de recourir à l'assureur de son choix ~ lorsque l'assurance est facultative, ne pas informer l'emprunteur de la possibilité de ne pas y avoir recours - *Violation des formalités prescrites à l'article L. 311-25-1 :* violation de l'obligation annuelle d'information de l'emprunteur sur le montant du capital restant dû - *Violation des formalités prescrites à l'article L. 311-29 :* pour tout contrat de crédit onéreux conclu concomitamment à un contrat de crédit gratuit, ne pas fournir un contrat distinct conforme aux articles L. 311-11 à L. 311-19 - Ne pas prévoir un formulaire détachable dans l'offre de contrat de crédit, en application de l'article L. 311-12,	
L. 311-49 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale du prêteur – Crédit renouvelable - *Violation des dispositions de l'article L. 311-8-1 :* lorsque le crédit est proposé sur un lieu de vente pour l'achat ou l'obtention d'un service particulier, ne pas proposer un crédit amortissable au consommateur à la place d'un crédit renouvelable lorsque le montant du crédit dépasse un montant fixé par décret - *Violation des formalités prévues à l'article L. 311-16 :* ~ ne pas prévoir de contrat de crédit pour l'ouverture d'un crédit renouvelable ou pour toute augmentation du capital prêté, ne pas spécifier la mention « carte de crédit » sur le verso de la carte accompagnant le crédit renouvelable, ne pas prévoir dans le contrat de crédit que chaque échéance comprend un remboursement minimal du capital emprunté, ~ prévoir une durée pour le contrat supérieure à un an, ne pas indiquer dans le contrat initial les obligations de l'emprunteur à l'occasion du renouvellement, ne pas consulter le fichier des incidents de paiement ou le cas échéant la solvabilité de l'emprunteur avant de proposer un renouvellement, ~ entraver l'exercice par le consommateur de son droit de s'opposer aux modifications du contrat de crédit lors de la reconduction du contrat notamment en omettant d'insérer un bordereau réponse à la proposition de modification, ~ ne pas respecter les formalités particulières de reconduction du contrat lorsque l'emprunteur n'a pas utilisé	**Peines principales personnes physiques :** - 1 500 euros d'amende

la réserve de crédit depuis plus de deux ans. *-violation des dispositions de la première phrase du premier alinéa de l'article L. 311-17 :* subordonner l'octroi d'avantages commerciaux ou promotionnels attachés à une carte de crédit à l'utilisation à crédit de la carte - *Violation des formalités prescrites au dernier alinéa de l'article L. 311-17 :* ne pas indiquer dans le contrat de crédit les modalités d'utilisation de la carte de crédit et particulièrement les modalités pour effectuer un paiement à comptant - *Violation des formalités prescrites à l'article L. 311-26 :* violation de l'obligation d'information mensuelle de l'emprunteur sur l'état actualisé de l'exécution du contrat de crédit	
L. 311-49 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale du prêteur – découvert en compte - *Violation des formalités prescrites aux I et III de l'article L. 311-43 :* ~ ne pas fournir préalablement à la conclusion du découvert en compte les informations permettant au consommateur d'appréhender l'étendue de son engagement ~ ne pas établir le contrat de crédit par écrit ou sur un support durable ~ ne pas établir le contrat sur un support distinct de tout document publicitaire ~ ne pas faire figurer dans le contrat les informations prévues par décret en Conseil d'Etat - *Violation des formalités prescrites au premier alinéa de l'article L. 311-44 :* - *Violation des formalités prescrites au premier alinéa de l'article L. 311-46*	**Peines principales personnes physiques :** - 1 500 euros d'amende
L. 311-49 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale du vendeur - *Violation des dispositions de l'article l. 311-28 :* Demander aux consommateurs une somme d'argent un prix supérieur que le prix le plus bas pratiqué au cours des trente jours précédents la publicité ou l'offre lorsque les frais du crédit sont pris en charge totalement ou partiellement	**Peines principales personnes physiques :** - 1 500 euros d'amende
L. 311-50 – Crédit à la consommation – responsabilité pénale du prêteur – Protection de la faculté de rétractation de l'emprunteur - Réclamer ou recevoir un paiement de l'emprunteur pendant le délai de rétractation de l'emprunteur prévu par les article L. 311-14 et L. 311-40 - Faire signer des formules de prélèvement sur compte bancaire qui ne sont pas subordonnée à la validité et à la prise d'effet du contrat de crédit et à la validité et, le cas échéant, à la prise d'effet du contrat de vente - Persister indument à ne pas verser les sommes versées d'avances par en cas de résolution du contrat de vente à la suite de l'exercice du droit de rétractation de l'emprunteur - Enregistrer ou faire enregistrer le consommateur qui exerce sa faculté de rétractation sur un fichier - Faire signer une ou plusieurs offres de crédit d'un montant	**Peines principales les personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende

supérieur au bien vendu ou à la prestation de service fournie	
L. 312-32 – Crédit immobilier – responsabilité pénale de l'annonceur pour le compte duquel est diffusée une publicité - *Publicité non conforme à l'article L. 312-4 :* ~ ne pas mentionner dans la publicité l'identité du prêteur, la nature et l'objet du prêt, lorsqu'elle comporte des éléments chiffrés, la durée de l'opération, le coût total du crédit et le TEG à l'exclusion de tout autre ~ ne pas mentionner ces informations de manière parfaitement lisible et compréhensible - *Publicité non conforme à l'article L. 312-5 :* ~ ne pas mentionner le délai de réflexion de dix jours dont dispose l'emprunteur avant la conclusion du contrat, ~ ne pas mentionner que le prêteur est tenu de rembourser les sommes versées par l'emprunteur lorsque ce dernier exerce son droit de rétractation - *Publicité non conforme à l'article L. 312-6 :* ~ assimiler le versement des mensualités à des loyers ~ faire référence dans le calcul des échéances à des prestations sociales qui ne sont pas assurées pendant toute la durée du contrat - *Publicité non conforme à l'article L.312-25 :* pour les publicités concernant les contrats de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente, ne pas préciser l'identité du bailleur, la nature et l'objet du contrat et lorsqu'elle comporte des éléments chiffrés, la durée du bail, le coût annuel et le coût total du contrat	**Peines principales personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende ou 37 500 euros d'amende ou 50% des dépenses liées à la publicité - Deux ans d'emprisonnement **Peines complémentaires personne physique :** - Publication du jugement (peine automatique) - Diffusion d'annonce rectificative
L. 312-33 – Crédit immobilier – responsabilité pénale du prêteur ou du bailleur - *Violation des obligations prévues à l'article L. 312-7 :* ne pas envoyer une offre de contrat par écrit et par voie postale au future emprunteur et aux éventuelles cautions - *Violation des obligations prévues à l'article L. 312-8 :* ne pas mentionner dans l'offre préalable les informations prévues à cet article et notamment l'identité des parties, la nature et l'objet du contrat, le taux effectif global et les conditions de l'amortissement - *Violation des obligations prévues par le deuxième alinéa de l'article L. 312-14* : ne pas faire figurer distinctement dans l'offre le montant des frais perçus par le prêteur lorsque le contrat de prêt est résolu en raison de la non-conclusion du contrat pour le financement duquel il était conclu - *Violation des obligations prévues par l'article L. 312-26 :* ne pas mentionner les informations prévues par cet article dans une offre de location-vente ou de location assortie d'une promesse de vente	**Peines principales personnes physiques :** - 3 750 euros d'amende
L.312-33 al. 2 et 3 – Crédit immobilier – responsabilité pénale du prêteur ou du bailleur - Faire souscrire ou recevoir une offre sans date ou avec une fausse date pour faire croire que le délai de réflexion de dix jours imposé par l'article L. 312-10 a été respecté - Faire souscrire ou recevoir une offre sans date ou avec une fausse date pour faire croire que le délai de réflexion de dix	**Peines principales personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende

jours imposé par l'article L. 312-27 a été respecté	
L. 312-34 – Crédit immobilier – responsabilité pénale du prêteur ou du bailleur Recevoir un paiement sous quelle que forme que ce soit avant l'écoulement du délai de rétractation en violation de l'article L. 312-11 ou de l'article L. 312-28	**Peines principales personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende
L. 312-35 – Crédit immobilier – responsabilité pénale du prêteur ou du bailleur - Ne pas restituer les sommes versées par l'emprunteur en violation de l'article L. 312-14 lorsque le contrat de prêt est résolu en raison de la non conclusion du contrat pour le financement duquel il était souscrit - Ne pas restituer les sommes versées par l'emprunteur ou le preneur en violation de l'article L. 312-16 ou de l'article L. 312-30 lorsque la condition suspensive d'obtention de tous les prêts destiner à financer l'opération envisagée ne s'est pas réalisée - En cas de défaillance de l'emprunteur ou de remboursement anticipé du contrat de prêt, retenir des sommes supérieures à celles prévues par les articles L. 312-23 et L. 312-29	**Peines principales personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende
L. 313-2 – Taux effectif global Ne pas mentionner le taux effectif global dans tout écrit constatant un contrat de crédit	**Peines principales personnes physiques :** - 4 500 euros d'amende
L. 313-5 – Usure - consentir un prêt à un taux usuraire - apporter son concours à l'obtention ou à l'octroi d'un prêt à un taux usuraire	**Peines principales personnes physiques :** - Deux ans d'emprisonnement - 45 000 euros d'amende **Peines complémentaires personnes physiques :** - Publication de la décision - Affichage de la décision - Fermeture de l'entreprise dont l'une des personnes chargées de l'administration ou de la direction est condamnée - Interdictions professionnelles
L. 313-14-2 – Crédit garanti par une hypothèque rechargeable – responsabilité pénale du prêteur - Ne pas proposer d'offre préalable de crédit - Proposer une offre préalable de crédit non conforme aux dispositions de l'article L. 313-14-1	**Peines principales personnes physiques :** - 3 750 euros d'amende
L. 314-16 – Prêt viager hypothécaire – responsabilité pénale de l'annonceur pour le compte duquel est diffusée une publicité Publicité non conforme aux dispositions de l'article L. 314-3 : - ne pas mentionner les informations prescrites à cet article - ne pas reproduire les deux premiers alinéas de l'article L. 314-7 - faire figurer dans la publicité des mentions interdites par l'article L. 314-3 - Ne pas distinguer l'offre préalable de crédit de tout	**Peines principales personnes physiques :** - 3 750 euros d'amende

document publicitaire	
L. 314-16 – Prêt viager hypothécaire – responsabilité pénale du prêteur - Ne pas remettre une offre préalable de crédit contenant les mentions imposées par l'article L. 314-5 - Ne pas maintenir les conditions de l'offre pendant une durée de trente jours à compter de son émission - Conclure le contrat avant l'écoulement du délai de réflexion de dix jours à compter de la réception de l'offre - Ne pas conclure le contrat par acte notarié - Recevoir un paiement sous quelque forme que ce soit avant l'acceptation de l'offre par l'emprunteur	**Peines principales personnes physiques :** - 3 750 euros d'amende
L. 314-17 – Prêt viager hypothécaire – responsabilité pénale du prêteur - Lors de la vente de l'immeuble ne pas restituer les sommes excédant la dette à l'emprunteur ou à ses héritiers - Réclamer de sommes supérieures à ce qui est autorisé légalement en cas de remboursement anticipé	**Peines principales personnes physiques :** - 30 000 euros d'amende
L. 314-17 – Prêt viager hypothécaire – responsabilité pénale du démarcheur Exercer un démarchage pour une opération de prêt viager hypothécaire	**Peines principales personnes physiques :** - Cinq ans d'emprisonnement - 375 000 euros d'amende

Bibliographie

Manuels, Traités

ANTONMATTEI P.-H. et RAYNARD J., *Droit civil : Contrats spéciaux*. 6ème éd., Paris : Litec, 2008, 478 p., (Manuels), ISBN : 2-7110-1116-2.

AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*. 13ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, 366 p., (Sirey université), ISBN : 2-247-08944-4.

BEAUCHARD J., *Droit de la distribution et de la consommation*. Paris : PUF, 1996, 420 p., (Thémis. droit privé), ISBN : 2-13-047524-8.

BENABENT A., *Droit civil : Les contrats spéciaux civils et commerciaux.* 9ème éd., Paris : Montchrestien : Lextenso, 2011, 702 p., (Domat Droit privé), ISBN : 2-7076-1682-1.

BENABENT A., *Droit civil : Les obligations*. 12ème éd., Paris : Montchrestien : Lextenso, 2010, 718 p., (Domat. Droit privé), ISBN : 2-7076-1646-3.

BIHL L., *Le droit pénal de la consommation*. Paris : Nathan, 1989, 189 p., (Formation continue juridique), ISBN : 2-09-191802-4.

BOULOC B., *Droit pénal général*. 22ème éd., Paris : Dalloz, 2011, 728 p., (Précis. Droit privé), ISBN : 2-247-10753-7.

BOULOC B., *Pénologie*. 3ème éd., Paris : Dalloz, 2005, 508 p., (Précis), ISBN : 2-247-05157.

BRUN Ph., *Responsabilité civile extracontractuelle*. 2ème éd., Paris : Litec, 2009, 582 p. (Manuels), ISBN : 2-7110-1060-8.

CALAIS-AULOY J. ET STEINMETZ F., *Droit de la consommation*. 7ème éd., Paris : Dalloz, 2006, 681 p., (Précis. Droit privé), ISBN : 2-24-706841-3.

CALAIS-AULOY J. et TEMPLE H., *Droit de la consommation*. 8ème éd., Paris : Dalloz, 2010, 726 p., (Précis. Droit privé), ISBN : 2-247-09045-7.

CARBONNIER J., *Droit civil*. Paris : PUF, 2004, 2574 p., (Quadrige Manuels), ISBN : 2-13-054739-7.

CAS G. et FERRIER D., *Traité de droit de la consommation.* Paris : PUF, 1986, 592 p., ISBN : 2-13-039270-9.

CHEVREAU E., MAUSEN Y. et BOUGLE C., *Histoire du droit des obligations*. 2ème éd., Paris : LexisNexis, 2011, 310 p., (Objectif Droit. Cours), ISBN : 2-7110-1171-1.

COLLART DUTILLEUL F. et DELEBECQUE Ph., *Contrats civils et commerciaux*. 9ème éd., Paris : Dalloz, 2011, 1038 p., (Précis. Droit privé), ISBN : 2-247-10899-2.

DELMAS-MARTY M. et GIUDICELLI-DELAGE G., *Droit pénal des affaires.* 4ème éd. refondue, Paris : PUF, 2000, 707 p., (Thémis), ISBN : 2-13-051067-1.

DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*. 16ème éd., Paris : Economica, 2009, 1248 p., (Corpus. Droit privé), ISBN : 2-7178-5764-1.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 1, Contrat et engagement unilatéral*. 2ème éd., Paris : PUF, 2010, 720 p., (Thémis. Droit), ISBN : 2-13-058224-3.

FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*. 2ème éd., Paris : PUF, 2010, 471 p., (Thémis. Droit), ISBN : 2-13-058225-0.

FAVOREU L. et *al*., *Droit des libertés fondamentales*. 5ème éd., Paris : Dalloz, 2009, 685 p., (Précis. Droit public, science politique), ISBN : 2-247-08405-0.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations : 1, L'acte juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, 499 p., (Sirey université. Droit privé), ISBN : 2-247-08970-3.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations : 2, Le fait juridique.* 14ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2011, 533 p., (Sirey université. Droit privé), ISBN : 2-247-11036-0.

FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations : 3, Le rapport d'obligation.* 7ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2011, 489 p., (Université. Droit privé), ISBN : 2-247-11171-8.

GHESTIN J., *Traité de droit civil : 2, Les obligations : Le contrat : Formation*. 2ème éd., Paris : LGDJ, 1988, 1096 p., ISBN : 2-275-01404-7.

GHESTIN J., GOUBEAUX G. et FABRE-MAGNAN M., *Traité de droit civil : Introduction générale*. 4ème éd., Paris : LGDJ, 1994, 891 p., ISBN : 2-275-00512-9.

GHESTIN J., JAMIN C. et BILLIAU M., *Traité de droit civil : Les effets du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 2001, 1340 p., (Traité de droit civil), ISBN : 2-275-00159-X.

GHESTIN J., *Traité de droit civil : La formation du contrat*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 1993, 976 p., ISBN : 2-275-00599-4.

GHESTIN J., *Traité des contrats : 1, La vente.* Paris : LGDJ, 1990, 1146 p., ISBN : 2-275-00747-4.

GUINCHARD S., FERRAND F. et CHAINAIS C., *Procédure civile : Droit interne et droit communautaire*, 29ème éd., Paris : Dalloz, 2008, 1382 p., (Précis. Droit privé), ISBN 2-247-08002-1.

HUET J. et *al*., *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 2012, 1684 p., ISBN : 978-2-275-03785-1.

HUET J., *Traité de droit civil : Les principaux contrats spéciaux.* 2ème éd., Paris : LGDJ, 2001, 1697 p., ISBN : 2-275-01944-8.

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*. 2éme éd., Paris : Montchrestien, 1991, 594 p., (Domat. Droit privé), ISBN : 2-7076-0476-3.

LEBRETON G., *Libertés publiques et droits de l'homme*. 8ème éd., Paris : Sirey, 2009, 569 p., (Sirey université. Droit public), ISBN : 978-2-247-08120-2.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R., *Droit pénal des affaires*. 2ème éd., Paris : Litec, 2010, 832 p., (Manuels), ISBN : 978-2-7110-1391-3.

LUCAS DE LEYSSAC M.-P. et MIHMAN A., *Droit pénal des affaires : Manuel théorique et pratique*. Paris : Economica, 2009, 866 p., ISBN : 978-2-7178-5705-4.

MALAURIE Ph., AYNES L. et GAUTIER P.-Y., *Les contrats spéciaux*. 5ème éd., Paris : Defrénois, 2011, 720 p., (Droit civil), ISBN : 978-2-85623-188-3.

MALAURIE Ph., STOFFEL-MUNCK Ph. et AYNES L., *Les obligations*. 5ème éd., Paris : Defrénois : Lextenso, 2011, 856 p., (Droit civil), ISBN : 978-2-85623-196-8.

MALINVAUD Ph. et FENOUILLET D., *Droit des obligations*. 11ème éd., Paris : Litec, 2010, 761 p., (Manuels), ISBN : 978-2-7110-1146-9.

MARTY G. et RAYNAUD P., *Droit civil : 1, Introduction générale à l'étude du droit*. 2ème éd., Paris : Sirey, 1980, 532 p.

MAYAUD Y., *Droit pénal général*. 3ème éd., Paris : PUF, 2010, 647 p., (Droit fondamental. Droit classique), ISBN : 978-2-13-057540-5.

MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel : 1, Problèmes généraux de la science criminelle. Droit pénal général.* 7ème éd., Paris : Cujas, 1997, 1068 p., ISBN : 2-254-98403-9.

NOBLOT C., *Droit de la consommation.* Paris : Montchrestien, 2012, 231 p., (Focus droit), ISBN : 2-7076-1738-5.

PICOD Y. et DAVO H., *Droit de la consommation*. 2ème éd., Paris : Sirey : Dalloz, 2010, 425 p., (Sirey université), ISBN: 978-2-247-08464-7.

PIEDELIEVRE S., *Droit de la consommation*. Paris : Economica, 2008, 665 p., (Corpus. Droit privé), ISBN : 978-2-7178-5546-3.

PRADEL J., *Droit pénal général.* 18ème éd. rev. et augm., Paris : Cujas, 2010, 326 p., (Manuels), ISBN : 978-2-254-10409-3.

RAYMOND G., *Droit de la consommation*. 2ème éd., Paris : Litec : LexisNexis, 2011, 518 p., (Litec professionnels), ISBN : 978-2-7110-1396-8.

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*. 6ème éd. ref., Paris : PUF, 2005, 564 p. (Thémis. Droit), ISBN : 2-13-055407-5

STASIAK F., *Droit pénal des affaires*. 2ème éd., Paris : LGDJ, 2009, 548 p., (Manuel), ISBN : 978-2-275-03372-3.

TERRE F., LEQUETTE Y. et SIMLER Ph., *Droit civil : les obligations.* 10ème éd., Paris : Dalloz, 2009, 1542 p., (Précis. Droit privé), ISBN : 978-2-247-08042-7.

VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil : Les conditions de la responsabilité*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 2006, 1397 p., ISBN : 2-275-03052-2.

VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil : Les effets de la responsabilité*. 3èmé éd., Paris : LGDJ : Lextenso, 2011, 963 p., ISBN : 978-2-275-03399-0.

VINEY G., *Traité de droit civil : Introduction à la responsabilité*. 3ème éd., Paris : LGDJ, 2008, 693 p., ISBN : 978-2-275-03247-4.

Ouvrages spéciaux, Thèses, Monographies

ALBIGES Ch., *De l'équité en droit privé*. Paris : LGDJ, 2000, 383 p., (Bdp, t. 329), ISBN : 2-275-01894-8.

ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit.* 2ème éd. refondue, corr. et augm., Paris : LGDJ, 1993, 758 p., ISBN : 2-275-00601-X.

BAZIN E., *Le consentement du consommateur.* Thèse, Université de Reims Champagne-Ardenne, 2000, 655 p.

BECCARIA, *Des délits et des peines*, trad. et notes de Ph. Audegean, ENS, 2009.

BENTHAM J., *Théorie des peines et des récompenses : ouvrage extrait des manuscrits de M. Jérémie Bentham par Et. Dumont*, Paris ; Londres : Bossange et Masson, 1918, 439 p.

BERENGER F., *Le droit commun des contrats à l'épreuve du droit spécial de la consommation : renouvellement ou substitution ?* Aix-en-Provence : PUAM, 2007, 752 p., ISBN : 978-2-7314-0572-9.

BERLIOZ G., *Le Contrat d'adhésion*. Paris : LGDJ, 1976, 222 p., (Bdp, t. 132), ISBN : 2-275-01293-1.

BIARDEAUD G. et FLORES Ph., *Le contentieux du droit de la consommation*. 3ème éd., Bordeaux : ENM, 1998, 398 p., (Les documents pratiques de l'ENM), ISBN : 2-863-06102- X.

BIHL L., *Consommateur, réveille-toi !* Paris : Syros, 1992, 201 p., (Pour débattre), ISBN : 2-86738-852-X.

BOBBIO N., *Essais de théorie du droit*. Trad. M. Guéret et C. Agostini, Louvain : Bruylant ; Paris : LGDJ, 1998, 286 p., (La pensée juridique), ISBN : 2-275-01668-6.

BORE L., *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires.* Paris : LGDJ, 1997, 507 p., (Bdp, t. 278), ISBN : 2-275-01535-3.

BRICKS H., *Les clauses abusives*. Paris : LGDJ, 1982, 286 p., (Bdp, t. 175), ISBN : 2-275-01048-3.

BRUNAUX G., *Le contrat à distance au XXIe siècle*. Paris : LGDJ, 2010, 536 p., (Bdp, t. 524), ISBN : 978-2-275-03618-2.

BUFFELAN-LANORE Y., *Essai sur la notion de caducité des actes juridiques en droit civil*. Paris : LGDJ, 1963, 176 p., (Bdp, t. 43).

CALAIS-AULOY J. et CAUSSE H. (dir.), *Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis : actes du colloque du 24 février 1994 de l'Université de Reims.* Paris : Litec, 1995, 156 p., (Actualités de droit de l'entreprise), ISBN : 2-7111-2520-3.

CARVAL S., *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*. Paris : LGDJ, 1995, 417 p., (Bdp, t. 250), ISBN : 2-275-00323-1.

CHAABAN R., *La caducité des actes juridiques : Etude de droit civil*. Paris : LGDJ, 2005, 607 p., (Bdp, t. 445), ISBN : 2-275-02691-6.

CHARDIN N., *Le contrat de consommation de crédit et l'autonomie de la volonté*. Paris : LGDJ, 1988, 330 p., (Bdp, t. 199), ISBN 2-275-00831-4.

COLLART DUTILLEUL F. et COULON C. (dir.), *Le renouveau des sanctions contractuelles*. Paris : Economica, 2007, 159 p., (Etudes juridiques), ISBN : 978-2-7178-5417-6.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant.* 8ème éd., Paris : PUF, 2007, 986 p. (Quadrige. Dicos Poche), ISBN : 2-13-055986-3.

COUTURIER G., *La confirmation des actes nuls*. Paris : LGDJ, 1972, 330 p., (Bdp, t. 121).

CUMYN M., *La validité du contrat suivant le droit strict ou l'équité : Etude historique et comparée des nullités contractuelles.* Paris : LGDJ, 2002, 300 p., (Bdp, t. 376), ISBN : 2-275-02263-5.

DEJEAN DE LA BATIE N., *Appréciation* in abstracto *et appréciation* in concreto *en droit civil français.* Paris : LGDJ, 1965, 316 p., (Bdp, t. 57).

DUPEYRON Ch., *La régularisation des actes nuls.* Paris : LGDJ, 1973, 283 p., (Bdp, t. 127).

Etudes de droit de la consommation : Liber amicorum Jean Calais-Auloy. Paris : Dalloz, 2004, 1197 p., ISBN : 2-247-05496-X.

FABRE-MAGNAN M., *De l'obligation d'information dans les contrats : Essai d'une théorie*. Paris : LGDJ, 1992, 573 p., (Bdp, t. 221), ISBN : 2-275-00588-9.

FAGES B., *Le comportement du contractant*. Aix-en-Provence : PUAM, 1997, 519 p., (Institut de droit des affaires), ISBN : 2-7314-0132-X.

FARJAT G., *L'ordre public économique*. Paris : LGDJ, 1963, 543 p., (Bdp, t. 37).

FASQUELLE D. et MEUNIER P. (dir.), *Le droit communautaire de la consommation : bilan et perspective : colloque de Boulogne-sur-Mer, 14 et 15 janvier 2000*. Paris : La documentation française, 2002, 383 p., ISBN : 2-11-005110-8.

FENOUILLET (de) D. et LABARTHE F. (dir.), *Faut-il recodifier le droit de la consommation ?* Paris : Economica, 2002, 209 p., (Etudes juridiques), ISBN : 2-7178-4504-6.

FERRIER D., *La protection des consommateurs*. Paris : Dalloz, 1996, 101 p., (Connaissance du droit), ISBN : 2-247-02550-1.

FIN-LANGER L., *L'équilibre contractuel*. Paris : LGDJ, 2002, 651 p., (Bdp, t. 366), ISBN : 2-275-02199-X.

FLAMIA-BIONDETTI M., *Réparation et dissuasion : Analyse de la dimension punitive de la condamnation civile*. Thèse de doctorat : Droit privé : La Rochelle, 2010.

FORIERS P. A., *La caducité des obligations contractuelles par disparition d'un élément essentiel à leur formation.* Bruxelles : Bruylant, 1998, 218 p., (Collection de la Faculté de droit de l'Université libre de Bruxelles), ISBN : 2-8027-1168-7.

GARRON F., *La caducité du contrat : Etude de droit privé*. Aix-en-Provence : PUAM, 2000, 349 p., (Institut du droit des affaires), ISBN : 2-7314-0192-3.

GAUDEMET S., *La clause réputée non écrite*. Paris : Economica, 2006, 380 p., (Recherches juridiques), ISBN : 2-7178-5251-4.

GELOT B., *Finalités et méthodes objectives d'interprétation des actes juridiques : Aspects théoriques et pratiques*. Paris : LGDJ, 2003, 377 p., (Bdp, t. 403), ISBN : 2-275-02413

GHESTIN J. (dir.), *Les clauses abusives dans les contrats types en France et en Europe : Actes de la Table ronde du 12 décembre 1990.* Paris : LGDJ, 1991, 325 p., (Droit des affaires), ISBN : 2-275-00672-9.

GOLDIE-GENICON Ch., *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*. Paris : LGDJ, 2009, 651 p., (Bdp, t. 509), ISBN : 2-275-03442-3.

GOUNOT E., *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé : Contribution à l'étude critique de l'individualisme juridique*. Paris : A. Rousseau, 1912, 470 p.

GOUT O., *Le juge et l'annulation du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 1999, 552 p., (Institut de droit des affaires), ISBN : 2-7314-0191-5.

GRYNBAUM L. (dir.), *La contrainte*, Paris : Economica, 2007, 181 p., (Etudes juridiques), ISBN : 2-7178-5352-0.

GUELFUCCI-THIBIERGE C., *Nullité, restitutions et responsabilité*. Paris : LGDJ, 1992, 614 p., (Bdp, t. 218), ISBN : 2-275-00627-3.

GUINCHARD S. (dir.), *Lexique des termes juridiques*. 16ème éd., Paris : Dalloz, 2007.

HART H.L.A., *Le concept de droit*. Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p., (Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, t. 6), trad. M. Van De Kerchove, J. Van Drooghenbroeck, et R. Célis, ISBN 2-8028-0169-4.

HENRY X. (dir.), *Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du doyen Bernard Gross.* Nancy : PUN, 2009, 608 p., ISBN : 2-86480-971-5.

HOUTCIEFF D., *Le principe de cohérence en matière contractuelle*. Aix-en-Provence : PUAM : Faculté de droit et de science politique, 2001, 1134 p., (Institut de droit des affaires), ISBN : 2-7314-0238-5.

HUGUENEY L., *L'idée de peine privée en droit contemporain.* Paris : A. Rousseau, 1904, 345 p.

JACQUEMIN H., *Le formalisme contractuel : Mécanisme de protection de la partie faible*. Bruxelles : Larcier, 2010, 583 p., ISBN : 978-2-8044-3827-2.

JACQUES Ph., *Regards sur l'article 1135 du Code civil.* Paris : Dalloz, 2005, 1008 p., (Nbt, 46), ISBN : 2-247-06049-8

JAULT A., *La notion de peine privée*. Paris : LGDJ, 2005, 327 p., (Bdp, t. 442), ISBN : 2-275-02680-0.

JOUARY Ph., *Contribution à l'étude de la valeur en droit privé des contrats*. Thèse de doctorat, Université Paris 1, Panthéon-Sorbonne, 2002, 748 p.

KARIMI A., *Les clauses abusives et la théorie de l'abus de droit.* Paris : LGDJ, 2001, 414 p., (Bdp, t. 306), ISBN : 2-275-02055-1.

KELSEN H., *Théorie pure du droit*. Paris : Dalloz, 1977, 496 p., (Collection philosophie du droit ; t. 7), trad. de la 2ème éd. par Eisenmann C., ISBN : 2-247-00373-7.

La sanction : Colloque du 27 novembre 2003 à l'Université Jean Moulin Lyon 3, Paris : l'Harmattan, 2007, 272 p., (Logiques juridiques), ISBN : 2-296-02546-2.

LABARTHE F., *La notion de document contractuel.* Paris : LGDJ, 1994, 407 p., (Bdp, t. 241), ISBN : 2-275-00428-9.

LASBORDES V., *Les contrats déséquilibrés*. Aix-en-Provence : PUAM, 2000, 747 p., (Institut de droit des affaires), ISBN : 2-7314-0225-3.

LE GAC-PECH S., *La proportionnalité en droit privé des contrats*. Paris : LGDJ, 2000, 580 p., (Bdp, t. 335), ISBN : 2-275-01914-6.

G. LEVASSEUR, « Droit pénal et droit social », *in Etudes de droit du travai offertes à Philippe Brun*, p. 232.

LOUSSOUARN Y. et LAGARDE P. (dir.), *L'information en droit privé : Travaux de la conférence d'agrégation,* Paris : LGDJ, 1978, 588 p., (Bdp, t. 152), ISBN : 2-275-01237-0.

LUXEMBOURG F., *La déchéance des droits : Contribution à l'étude des sanctions civiles*. Paris : Panthéon-Assas, 2008, 472 p., (Thèse), ISBN : 978-2-913397-71-2.

MAZABRAUD B., *La peine privée : Aspects de droit interne et international*. Thèse de doctorat : Droit privé : Paris 2, 2006, 777 p.

MESA R., *Les fautes lucratives en droit privé*, Thèse de doctorat : Droit : Littoral, 2006, 816 p.

MIRABAIL S., *La rétractation en droit privé.* Paris : LGDJ, 1997, 348 p., (Bdp, t. 284), ISBN : 2-275-01601-5.

MOULY-GUILLEMAUD C., *Retour sur l'article 1135 du Code civil : Une nouvelle source du contenu contractuel*. Paris : LGDJ, 2006, 581 p., (Bdp, t. 460), ISBN : 2-275-03046-8.

NOBLOT C., *La qualité du contractant comme critère légal de protection : Essai de méthodologie législative.* Paris : LGDJ, 2002, 354 p., (BDP, t. 382), ISBN : 2-275-02280-5.

OSMAN F. (dir.), *Vers un code européen de la consommation : actes et débats de colloque, Lyon, les 12 et 13 décembre 1997*, Bruxelles : Bruylant, 1998, 421 p., ISBN : 2-8027-1134-2.

OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide* déjà conclus *au réseau ? : Pour une théorie dialectique du droit.* Bruxelles : Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p., (Publications des facultés universitaire Saint-Louis, Collection générale), ISBN : 2-8028-0153-8.

OUERDANE-AUBERT DE VINCELLES C., *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*. Paris : Dalloz, 2002, 553 p., (Nbt, vol. 19), ISBN : 978-2-247-04497-9.

PAILLARD B., *La fonction réparatrice de la répression pénale.* Paris : LGDJ, 2007, 352 p., (Bsc ; t. 42), ISBN : 978-2-275-03237-5.

PALVADEAU E., *Le contrat en droit pénal*. Thèse de doctorat, Droit, Bordeaux 4, 2011, 602 p.

PIEDELIEVRE J., *Des effets produits par les actes nuls.* Thèse, Paris, 1911.

PIETTE G., *La correction du contrat*. Aix-en-Provence : PUAM, 2004, (Institut de droit des affaires), 693 p., ISBN : 2-7314-0431-0.

PIGNOUX N., *La réparation des victimes d'infractions pénales*. Paris : l'Harmattan, 2008, 433 p., (Sciences criminelles), ISBN : 978-2-296-06410-2.

POILLOT E, *Droit européen de la consommation et uniformisation du droit des contrats.* Paris : LGDJ, 2006, 589 p., (Bdp, t. 463), ISBN : 2-275-03048-4.

POMBIEILH D., *L'incidence du contrat de consommation sur l'évolution du droit des contrats.* Thèse, Pau, 2002.

PONSEILLE A., *L'infraction de prévention en droit pénal français.* Thèse de doctorat : Droit privé : Droit pénal et sciences criminelles, Université de Montpellier 1, 2001, 664 p.

POPINEAU-DEHAULLON C., *Les remèdes de justice privée à l'inexécution du contrat : Etude comparative*. Paris : LGDJ, 2008, 689 p., (Bdp ; t. 498). ISBN : 978-2-275-03337-2.

RIEG A., *Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand*. Paris : LGDJ, 1961, 589 p., (Bdp, t. 19), ISSN : 0520-0261.

RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*. 4ème éd., Paris : LGDJ, 1949, 421 p.

ROUJOU DE BOUBEE M.-E., *Essai sur la notion de réparation*. Paris: LGDJ, 1974, 493 p., (Bdp ; t. 135), ISBN : 2-275-01327-X.

RZEPECKI N., *Droit de la consommation et théorie générale du contrat*. Aix en Provence : PUAM, 2002, 635 p., ISBN : 2-7314-0301-2.

SALEILLES R., *De la déclaration de volonté : contribution à l'étude de l'acte juridique dans le Code civil allemand (art. 116 à 144).* Paris : F. Pichon, 1901, 421 p.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*. Paris : LGDJ, 2000, 425 p., (Bdp ; t. 326), ISBN : 2-275-01890-5.

SIMLER Ph., *La nullité partielle des actes juridiques.* Paris : LGDJ, 1969, 512 p., (Bdp ; t. 101).

SINTEZ C., *La fonction préventive en droit de la responsabilité civile : Contribution à la théorie de l'interprétation et de la mise en effet des normes*. Paris : Dalloz, 2011, 514 p., (Nbt ; t. 110), ISBN : 978-2-247-10550-2.

SIRI R., *La théorie générale des vices du consentement, entre mythe et réalité ?* Aix-en-Provence : PUAM, 2008, 339 p., (Collection du Centre Pierre Kayser), ISBN : 978-2-7314-0633-7.

STARCK B., *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris : L. Rodstein, 1947, 503 p.

TERRE F. (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats : Réflexions et propositions d'un groupe de travail,* Paris : Dalloz, 2009, 310 p., (Thèmes et commentaires), ISBN : 2-247-08179-0.

TERRYN E. (dir.), *Le droit de rétractation : Une analyse de droit comparé : Droit européen, allemand, français néerlandais et belge.* Bruxelles : Larcier, 2008, 160 p., (Contrats et Patrimoine), ISBN : 2-8044-3176-1.

Travaux de l'association Henri Capitant : t. 24, La protection du consommateur. Paris : Dalloz, 1975, 578 p., ISBN : 2-247-00413-X.

Travaux de l'association Henri Capitant : t. 54, L'indemnisation, Paris : SLC, 2004, 842 p., ISBN : 2-908199-60-4.

TSITSOURA A. (dir.), *Les objectifs de la sanction pénale : Hommage Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, 123 p., ISBN : 2-8027-0471-0.

TULKENS F. et *al*., *La peine dans tous ses états : Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles : Larcier, 2011, 374 p., ISBN : 2-8044-3836-4.

TZITZIS S., *Les grandes questions de la philosophie pénale*, Paris : Buenos books, 2007, 146 p., ISBN : 978-2-9154954-09.

VALOTEAU A., *La théorie des vices du consentement et le droit pénal*. Aix-en-Provence: PUAM, 2006, 377 p., ISBN : 2-7314-0531-7.

VIRALLY M., *La pensée juridique*. Paris : LGDJ, 1960, 225 p.

Articles, Chroniques

AGOSTINI F., « La responsabilité pénale en droit de la consommation, panorama de la jurisprudence de la Chambre criminelle », *in Rapport de la Cour de cassation 2002*. Paris : La documentation française, 2003, p. 119.

ALEXIS M.-C. et ROUX J.-F., « Eclairage sur une pratique contestable : les lois de validation affectant les intérêts des consommateurs », *CCC*, 2001, chron. n° 11.

AMBROISE-CASTEROT C., « Les nouvelles pratiques commerciales déloyales après la loi LME du 4 août 2008 », *AJ pénal*, 2009, p. 22.

AMBROISE-CASTEROT C., « Rejet de la dissociation du préjudice des associations : préjudice collectif et préjudice associatif », *RSC*, 2007, p. 99.

ANCEL P., « Le juge et l'inexécution du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles*. Paris : Economica, 2007, p. 103.

ARTZ J.-F., « La prohibition des envois forcés », *D.*, 1975, chron., p. 129.

ARTZ J.-F., « Les clauses réputées non écrites en droit de la propriété », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 29.

ATIAS Ch., « La souscription d'un effet pendant le délai de réflexion (réparation et répression en droit de la consommation) », *D.*, 1995, p. 247.

ATTUEL-MENDES L., « La difficile articulation entre protection classique et protection spéciale du consentement », *JCP G*, 2007, I, 188.

AUBERT DE VINCELLES C., « Porte-fort », *Rép. civ. Dalloz*, 2005.

AUTEM D., « Quel fondement pour la responsabilité des sociétés de vente par correspondance en matière de loterie avec pré-tirage ? », *CCC*, 1999, chron. n° 11.

AYNES L., « La contrainte en droit des contrats », *in La contrainte*, Paris : Economica, 2007, p. 35.

BAILLOD R., « Le droit de repentir », *RTD civ.*, 1984, p. 228.

BARATTA A., « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal », *Déviance et société*, 1991, vol. 15, n° 1, p. 1-25.

BARRIERE L.-A., « Propos introductifs », *La sanction*, Paris : L'Harmattan, 2007, p. 7.

BATTEUR A., « La protection illusoire consommateur par le droit spécial de la consommation : Réflexions sur la réglementation nouvelle régissant le contrat de vente de voyage », *D.*, 1996, chron., p. 82.

BAUDOUIN J.-L., « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la *common law* », *in Etudes offertes au professeur Philippe Malinvaud*, Paris : Litec, 2007, p. 1.

BAZIN E., « De l'exercice du droit par les associations de consommateurs », *D.*, 2001, p. 2395.

BAZIN E., « Le droit de repentir en droit de la consommation », *D.*, 2008, p. 3028.

BAZIN-BEUST D., « Réforme du crédit à la consommation : entre protection du consommateur et protection de la consommation », *LPA*, 21 mai 2012, n° 101, p. 6.

BEAUCHARD J., « Les principes européens du droit des contrats et le droit de la consommation », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 55.

BEAUCHARD J., « Remarques sur le Code de la consommation », *in Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, Paris : PUF, 1994, p. 9.

BEHAR-TOUCHAIS M., « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p.36.

BERGHUIS A.-C., « La prévention générale : limites et possibilités », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 69.

BERLIOZ G., « Droit de la consommation et droit des contrats », *JCP G*, 1979, I, 2954.

BERNARDEAU L., « Etiquetage et langue française, les enseignements de l'arrêt Casino », *CCC*, 2001, chron., n° 10.

BERNARDEAU L., « Le droit de rétractation du consommateur un pas de plus vers une doctrine d'ensemble, à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 2001, *Heininger*, aff. C-481/99 », *JCP G*, 2002, I, 168.

BIHL L., « L'action syndicale des associations », *Gaz. Pal*., 1973, 2, 523.

BIHL L., « La loi du 5 janvier 1988 sur l'action collective des organisations de consommateurs », *Gaz. Pal*., 1988, doctr., p. 268.

BIHL L., « Vers un droit de la consommation », *Gaz. Pal.*, 13-14 sept. 1974.

BOIZARD M., « La réception de la violence économique en droit », *LPA*, 16 juin 2004, n° 120, p. 5.

BONFILS PH., « Concours d'infractions », *Rép. pén. Dalloz*, 2005.

BONFILS Ph., « L'autonomie du juge pénal », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 47.

BONIFASSI S., « La position des jeunes avocats », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?, LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 40.

BORE L., « L'action en représentation conjointe : *class action* française ou action mort-née ? », *D.*, 1995, chron., p. 267.

BORE L., « Pour la recevabilité de l'action associative fondée sur la défense d'un intérêt altruiste », *RSC*, 1997, p. 751.

BORGHETTI J.-S., « Les intérêts protégés et l'étendue des préjudices réparables en droit de la responsabilité civile extra-contractuelle », *in* Liber amicorum *: Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris : Dalloz, 2008, p. 145.

BORYSEWICZ M., « Les règles protectrices du consommateur et le droit commun des contrats : Réflexions à propos de la loi n° 78-13 du 10 janvier 1978 sur la protection et

l'information des consommateurs de produits et de services », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, Vol. 1, p. 91.

BOUJEKA S., « Le délai de réflexion et le délai de rétractation », *RD Bancaire et Fin.*, 2004, p. 219.

BOULOC B., « De la compétence du juge pénal pour statuer sur l'action civile après extinction de l'action publique », *in* Liber amicorum *: Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris : Dalloz, 2008, p. 173.

BOULOC B., « La perte du droit aux intérêts », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 81.

BOURGOIGNIE T., « Droit et politique communautaires de la consommation : Une évaluation des acquis », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 95.

BOUSCHARAIN J.-P., « Les aspects principaux de la jurisprudence de la première chambre civile en matière de protection des consommateurs », *in Rapport de la Cour de cassation 2000.*

BOY L., « Les utilités du contrat », *LPA*, 10 septembre 1997, n° 109, p. 3.

BRUN Ph., « Loteries publicitaires trompeuses : la foire aux qualifications pour une introuvable sanction », *in Etudes de droit de la consommation,* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 191.

BRUSCHI M., « L'amélioration de la protection contractuelle du consommateur », *Lamy Droit Economique*, 2002, p. 1.

BRUSCHI M., « La contrainte en droit de la consommation », *in La contrainte,* Paris : Economica, 2007, p. 74.

BUISSON J., « La sanction pénale », *in La sanction*, Paris : l'Harmattan, 2007, p. 179.

CABALLERO F., « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.*, 1985, p. 247.

CADIET L., « Les métamorphoses du préjudice », *in Les métamorphoses de la responsabilité : Sixième journée Savatier*, Paris : PUF, 1998, p. 37.

CALAIS-AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD civ.*, 1994, p. 239.

CALAIS-AULOY J., « L'influence du droit de la consommation sur le droit des contrats », *RTD com.*, 1998, p. 115.

CALAIS-AULOY J., « Les actions en justice des associations de consommateurs (Commentaire de la loi du 5 janvier 1988) », *D.*, 1988, chron., p. 193.

CALAIS-AULOY J., « Les rapports entre la directive de 1985 sur la responsabilité du fait des produits et celle de 1992 concernant la sécurité des produits », *RED consom.*, 1994, p. 119.

CALAIS-AULOY J., **«** Un code, un droit », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995, p. 13.

CALAIS-AULOY J., « Un code européen de la consommation ? », *in Vers un code européen de la consommation*. Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 399.

CALAIS-AULOY J., « La *class action* et ses alternatives en droit de la consommation », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?, LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 29.

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

CALAIS-AULOY J., « Existe-t-il en droit français plusieurs régimes de responsabilité du fait des produits ? », *in* Liber amicorum *: Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris : Dalloz, 2008, p. 201.

CANIVET G. et CHAMPALAUNE C., « Le comportement du consommateur dans la définition du marché », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 227.

CANUT F., « Le relevé d'office de moyens d'ordre public de protection », *D.*, 2007, chron., p. 2257

CARBONNIER J., « Effectivité et ineffectivité de la règle de droit », *in L'année sociologique*, 1958, p. 3.

CARREAU C., « Publicité et escroquerie », *D.*, 1996, chron., p. 257.

CARREAU C., « Publicité et hyperbole », *D.*, 1995, chron., p. 225.

CATHELINEAU A., « La notion de consommateur en droit interne : à propos d'une dérive… », *CCC*, 1999, chron n° 13.

CAUSSE H., « De la notion de consommateur », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995, p. 21.

CEDRAS J., « Le solidarisme contractuel en doctrine et devant la Cour de cassation », *in Rapport de la Cour de cassation 2003.* Paris : La documentation française, 2004, p. 215.

CHABOT G., « L'action des associations agrées de consommateurs en suppression de clauses abusives (article L. 421-6 du Code de la consommation) », *LPA*, 10 octobre 2000, n° 202, p. 16.

CHAGNY M., « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence », *JCP G*, 2006, I, 149.

CHAGNY M., « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? A propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G*, 2008, I, 196.

CHALARON Y., « Le concours idéal d'infractions », *JCP G*, 1967, I, 2088.

CHANTEPIE G., « De la nature contractuelle des contrats-types », *RDC*, 2009, n° 3, p. 1233.

CHAUVEL P., « Dol », *Rép. civ. Dalloz*, 2006.

CHAZAL J.-P., « Le consommateur existe-t-il ? », *D.*, 1997, chron., p. 260.

CHAZAL J.-P., « Réflexions épistémologique sur le droit commun et les droits spéciaux », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 279.

CHRISTIANOS V., « Délai de réflexion : théorie juridique et efficacité de la protection des consommateurs », *D.*, 1993, chron., p. 28.

CLARET H., « La loi Toubon de 4 août 1994 est-elle conforme au droit communautaire ? », *CCC*, 2001, chron. n° 8.

CONTE Ph., « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.*, 2006, n° 3, Etude n° 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, n° 2, Etude n° 3.

COTTEREAU V., « La clause réputée non écrite », *JCP G*, 1993, I, 3691.

COUTANT-LAPALUS Ch., « La sanction civile », *in La sanction*, Paris : l'Harmattan, 2007, p. 213.

COUTURIER G., « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », *in Etudes offertes à Jacques Flour*, Paris : Defrénois, 1979, p. 95.

COUTURIER G., « Les finalités et les sanctions du formalisme informatif », *Defrénois*, 2000, n° 15-16, p. 285.

CREMIEUX M., « Réflexion sur la peine privée moderne », *in Etudes offertes à Pierre Kayser*, Aix-en-Provence : PUAM, 1979, Vol. 2, p. 263.

CUSSON M., « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 741.

CUSSON M., « Le sens de la peine et la rétribution », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1885, p. 271.

CUSSON M., **«** Les mécanismes de la dissuasion », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1983, p. 13.

DANIS-FATOME A., **«** L'absence de consentement et le crédit à la consommation », *RD bancaire et fin.*, 2004, p. 217.

DAVO H., « Formalisme bancaire et protection du consommateur », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 329.

DE GRAËVE L., « La notion de sanction pénale en droit interne », *in La sanction*, Paris : l'Harmattan, 2007, p. 63.

DE GREEF S., « La procédure européenne pour les petits litiges : un nouveau pas dans la convergence du droit judiciaire », *RED consom.*, 2007/2008, p. 237.

DE ZUTTER L., « Le juge face aux clauses abusives : à la croisée du droit des obligations et du droit judiciaire », *Annales de Droit de Louvain*, 2011, n° 2, p. 171.

DEGOFFE M., « La sanction à caractère punitif selon le conseil constitutionnel », *in La sanction*, Paris : l'Harmattan, 2007, p. 49.

DEKEUWER A., « Les classifications du concours de qualifications », *RSC*, 1974, p. 551.

DELGA J., **«** Pratiques équivoques nationales et internationales en matière de loteries avec prétirage et décisions de la jurisprudence contemporaine », *Gaz. Pal.*, 1995, doctr., p. 576.

DETRAZ S., « Plaidoyer pour une analyse fonctionnelle du droit de rétractation en droit de la consommation », *CCC*, 2004, étude n° 7.

DOUCET J.-P., « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal*., 1973, II, p. 764.

DOUCHY-OUDOT M., « L'office du juge », *in* Liber amicorum *Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ, 2009, p. 99.

DREVEAU C., « Réflexions sur le préjudice collectif », *RTD civ.*, 2011, p. 249.

DROSS W., « Les sanctions en matière contractuelle en droit privé », *in La sanction*, Paris : l'Harmattan, 2007, p. 129.

DUMONT H., « Rapport sur les ventes pyramidales en droit pénal », *in Travaux de l'association Henri Capitant : t. 24, La protection du consommateur*. Paris : Dalloz, 1975, p. 349.

DUPICHOT J., « Pour un retour aux textes : défense et illustration du "petit guide-âne" des articles 1156 à 1164 du Code civil », *in Etudes offertes à Jacques Flour*. Paris : Defrénois, 1979, p. 179.

EDELMAN B., « De la liberté et de la violence économique », *D.*, 2001, chron., p. 2315.

ESMEIN P., « Peine ou réparation », *in Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, Paris : Dalloz et Sirey, 1961, t. 1, p. 37.

FADLALLAH I. et BAUDE-TEXIDOR Ch., « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : éloge de la neutralité judiciaire », *D.*, 2003, chron., p. 750.

FASQUELLE D., « L'existence de fautes lucratives en droit français », *in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 27.

FELDMAN J.-Ph., « Une prime à la souveraineté du consommateur ? », *D.*, 2008, p. 2186.

FENOUILLET D., « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique », *in Le droit privé à la fin du XX*^{ème} *siècle : Mélanges en l'Honneur de Pierre Catala*, Paris : Litec, 2001, p. 486

FENOUILLET D., « Loterie publicitaire : pour un droit efficace », *RDC*, 2007, p. 788.

FERRIER D., « Les dispositions d'ordre public visant à préserver la réflexion des contractants », *D.*, 1980, chron., p. 177.

FERRIER D., « Le droit de la consommation, élément d'un droit civil professionnel », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 373.

FLORES Ph. et BIARDEAUD G., « La protection de l'emprunteur une notion menacée », *D.*, 2000, chron., p. 191.

FLORES Ph., « L'information du consommateur lors du renouvellement du compte permanent », *CCC*, 1999, chron. n° 3.

FONTAINE M., « La protection du consommateur et l'harmonisation du droit européen des contrats », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 383.

FOURGOUX J.-C., « Droit pénal économique : conséquences extravagantes du non-cumul des peines en matière de contraventions », *Gaz. Pal*. 1971, doctr., p. 284.

FOURGOUX J.-C., « Publicité comparative : information ou manipulation ? », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 399.

FOURNIER S., « De la publicité fausse aux pratiques commerciales trompeuses », *Dr. Pén.* 2008, Etude n° 4.

FRANCK J., « Action de groupe : Les initiatives européennes en droit interne et en droit communautaire », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?*, *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 19.

FRANCK J., « Pour une véritable réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *in Etudes de droit de la consommation*, Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 409.

FRANCK J., « Un premier pas vers la reconnaissance d'une action collective transfrontière », *RED consom.*, 1993, p. 206.

FRISON-ROCHE M.-A., « Le pouvoir processuel des associations et la perspective de la *"class action"* », *LPA*, 24 avril 1996, n° 50, p. 28.

FRISON-ROCHE M.-A., « Les résistances mécaniques du système juridique français à accueillir la *class action* : obstacles et compatibilités », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?*, *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 22.

GABA H. K., « L'action en justice pour la défense d'un intérêt collectif : l'imbroglio politico-juridique et économique », *LPA*, 24 mars 2000, n° 60, p. 9.

GASSIN R., « Les fonctions sociales de la sanction pénale dans le nouveau code pénal », *cah. séc. inter.*, 1994, n° 18, p. 50.

GAUTHIER P.-Y., « Contre Bentham : l'inutile et le droit », *RTD civ.*, 1995, p. 797.

GAUTIER P.-Y., « De l'impossibilité supposée pour le juge de soulever d'office un moyen de nullité ou de réparation favorable à la partie faible », *RDC*, 2004, p. 1137

GAVALDA Ch., « L'information et la protection des consommateurs dans le domaine de certaines opérations de crédit », *D.*, 1978, chron., p.189.

GELBARD-LE DAUPHIN I., « Le délai de forclusion en matière de droit de la consommation », *Rapport de la Cour de cassation 2003.* Paris : La documentation française, 2004.

GHELFI-TASTEVIN F., « Les nouveaux aspects de la déchéance du droit aux intérêts en matière de crédit à la consommation », *D. aff.*, 1998, p. 1626.

GHESTIN J. et MARCHESSAUX I., « L'élimination des clauses abusives en droit français à l'épreuve du droit communautaire », *RED consom.*, 1993, p. 67.

GHESTIN J. ET MARCHESSAUX-VAN MELLE I., « L'application en France de la directive visant à éliminer les clauses abusives après l'adoption de la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *JCP G*, 1995, I, 3854.

GHESTIN J., « L'élimination par le juge des clauses abusives en l'absence de décret d'interdiction, un peu d'histoire », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 447.

GHESTIN J., « L'utile et le juste dans les contrats », *D.*, 1982, chron., p. 4.

GHESTIN J., « La notion de contrat », *Droits*, 1990, n° 12, p. 7.

GHESTIN J., « La réticence dolosive rend toujours excusable l'erreur provoquée », *JCP G*, 2011, I, 703.

GIAUME Ch., « Le non-professionnel est-il un consommateur ? », *LPA*, 23 juillet 1990, p. 25.

GOLDIE-GENICON Ch., « L'assurance de groupe à l'épreuve de la législation sur les clauses abusives », *D.*, 2008, p. 2447.

GOURIO A., « L'affaire du tableau d'amortissement, épilogue législatif », *JCP E*, I, 576.

GOURIO A., « Le prêteur est-il réellement tenu d'une obligation de conseil envers le particulier emprunteur ? », *RD bancaire et fin.*, 2001, p. 51.

GRARD L., « Le principe de subsidiarité et le droit communautaire de la consommation », *Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, Paris : La documentation française, 2002, p. 139.

GRUA F., « Les divisions du droit », *RTD civ.*, 1993, p. 59.

GUILLERMIN Ph., « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal*, 2008, n° 2, p. 73.

GUINCHARD S., « Une *class action* à la française ? », *D.*, 2005, p. 2180.

GUINCHARD S., « Vingt ans après : L'évolution des sanctions de la publicité mensongère », *Mélanges offerts à Albert Chavanne : Droit pénal, propriété industrielle*, Paris : Litec, 1990, p. 11.

GUINERET-BROBBELDORSMAN A., « Un exemple de codification à droit constant : le code de la consommation peu protecteur pour le consommateur surendetté », *LPA*, 5 juillet 2007, n° 134, p.50.

GULPHE P., « L'évolution du délit de refus de vente », *Dix ans de conférence d'agrégation : Etudes de droit commercial offertes à Joseph Hamel*, Paris : Dalloz, 1961, p. 423.

GUTWIRTH S. et DE HERT P., « Punir ou réparer ? Une fausse alternative », *in La peine dans tous ses états : Hommage Michel van de Kerchove*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 93.

HAUSER J. et LEMOULAND J.-J., « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ. Dalloz*, 2004.

HENRY H., « Les loteries dans les contrats par correspondance », *JCP G*, 1986, I, 3264.

HENRY X., « Clauses abusives : où va la jurisprudence accessible ? », *D.*, 2003, chron., p. 2557.

HENRY X., « Universalisme de la protection contre les clauses abusives et autonomie du droit de la consommation », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 205.

HOUTCIEFF D., « Rapport de synthèse », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?*, *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 42.

HUET J., « Le scandale de l'harmonisation totale », *RDC*, 2011, p. 1070.

HUET J., « Pour un contrôle des clauses abusives par le juge judiciaire », *D.*, 1993, chron., p. 331.

HUET J. « Introduction », *in Faut-il recodifier le Code de la consommation ?* Paris : La documentation française, 2002, p. 1.

IVAINER Th., « L'ambiguïté dans les contrats », *D.*, 1976, chron., p. 153.

JAUFFRET-SPINOSI C., « Les dommages-intérêts punitifs dans les systèmes de droit étrangers », *LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p. 8.

JEAMMAUD A. et SERVERIN E., « Evaluer le droit », *D.*, 1992, chron., p. 263.

JEAMMAUD A., « La règle de droit comme modèle », *D.*, 1990, chron., p. 199.

JEAN J.-P., « De l'efficacité en droit pénal », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 135.

JEANDIDIER W., « L'élément moral des infractions d'affaires ou l'art de la métamorphose », *in Une certaine idée du droit : Mélanges André Decocq,* Paris : Litec, 2004, p. 369.

JEANDIDIER W., « La délinquance d'affaire à travers l'*annuaire statistique de la justice* », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 491.

JESTAZ Ph., « L'obligation et la sanction : à la recherche de l'obligation fondamentale », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 273.

JESTAZ Ph., « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.*, 1986, chron., p. 197.

JOBIN P.-G., « Les dommages et intérêts punitifs en droit québécois », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy,* Paris : Dalloz, 2004, p. 537.

JOURDAIN P., « Les peines privées : Rapport général », *Travaux de l'association Henri Capitant : t. 54, L'indemnisation*, Paris : SLC, 2004.

JOURDAIN P., « Rapport introductif », *in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?, LPA*, 20 novembre 2002, n° 232, p.3.

JOURDAIN P., « Retour sur l'imputabilité », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 511.

KEYMAN S., « Le résultat pénal », *RSC*, 1968, p. 781.

KELSEN, « La théorie juridique de la convention », *APD*, 1940, p. 33

KLUGER J. « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC*, 1995, p. 505.

KULLMANN J., « Remarques sur les clauses réputées non écrites », *D.*, 1993, chron., p. 59.

LABARTHE F., « Les conflits de qualification : Eléments de réflexion à partir de la distinction entre le contrat d'entreprise et d'autres contrats », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 539.

LAFFINEUR J., « L'évolution du droit communautaire relatif aux contrats de consommation », *RED consom.*, 2001, p. 19.

LAFFINEUR J., « Les impacts socio-économiques de l'action collective : éléments de réflexion appliqués au contexte de l'Union européenne », *RED consom.*, 2007-2008, p. 44.

LAFOND P.-Cl., « Le recours collectif et le juge québécois : de l'inquiétude à la sérénité », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?, LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 11.

LAFOND P.-Cl., « Le recours collectif québécois : entre la commodité procédurale et la justice sociale », *RED consom.*, 1999, p. 215.

LAFORCADE (de) A., « L'évolution du droit d'agir des associations de consommateurs : vers un détachement du droit pénal de leur action en justice », *RTD com.*, 2012, p. 711.

LAGARDE X., « Crédit à la consommation : la distinction entre clause abusive et irrégularité formelle », *D.*, 2005, p. 2222

LAGARDE X., « Observations critiques sur la renaissance du formalisme », *JCP G*, 1999, I, 170.

LAGARDE X., « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G*, 2001, I, 312.

LAGARDE X., « Raisons et limites de la spécificité du crédit aux particuliers », *RD bancaire et fin.*, 2004, p. 214.

LAGARDE X., « Qu'est-ce qu'une clause abusive ? », *JCP G*, 2006, I, 110.

LAITHIER Y.-M., « Remarques sur les conditions de la violence économique », *LPA*, 22 novembre 2004, n° 233, p. 6 et 23 novembre 2004, n° 234, p. 5.

LAMOUREUX M., « L'interprétation des contrats de consommation », *D.*, 2006, p. 2848.

LANDY L., « Le consommateur européen : une notion éclatée », *in Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles : Bruylant, 1998, p. 57.

LAROCHE-GISSEROT F., « Les *class actions* américaines », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?, LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 7.

LARROUMET Ch., « Introduction », *in La responsabilité du fait des produits défectueux, LPA*, 28 décembre 1998, n° 155, p. 3.

LASSERRE CAPDEVILLE J., « Le prêt usuraire », *in Problème autour du droit du crédit, Rev. Lamy dr. aff.*, 2008, n° 31, p. 98.

LAZZARIN G., « L'application du droit de la consommation aux services publics : Les contradictions de la jurisprudence *Société des eaux du Nord* », RFDA, 2011, p. 591.

LE GAC-PECH S., « La direction de la sanction », *LPA*, 9 mars 2009, n° 48, p. 3.

LEMAITRE P., « La sanction de l'offre irrégulière de crédit », *LPA*, 27 juillet 1999, n° 148, p. 11.

LEPAGE A., « Les paradoxes du formalisme informatif », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 597.

LEROY J., « La force dissuasive de la norme pénale », *in La force normative : Naissance d'un concept*, Paris : LGDJ, 2009, p. 389.

LEVENEUR L., « La commission des clauses abusives et le renouvellement des sources du droit des obligations », *in Le renouvellement des sources du droit des obligations, Travaux de l'association Henri Capitant*. Paris : LGDJ, 1997, p. 155.

LEVY J.-G., « La position du conseil national des barreaux », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?, LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 4

LIKILLIMBA G.-A., « Le préjudice individuel et/ou collectif en droit des groupements », *RTD com.*, 2009, p. 1.

LILKOFF L., « La protection du consommateur en droit pénal canadien », *Travaux de l'association Henri Capitant : t. 24, La protection du consommateur*. Paris : Dalloz, 1975, p. 331.

LIOKIEC P., « Clauses abusives et crédit à la consommation », *RD bancaire et fin.*, 2004, p. 221.

LOISEAU G., « Le droit communautaire de la consommation et le droit français des obligations », *in Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, Paris : La documentation française, 2002, p. 167.

LUBY M., « A propos des sanctions de la violation de l'ordre public », *CCC*, 2001, chron. n° 3.

LUBY M., « Notion de consommateur : ne vous arrêtez pas à l'apparence », *CCC*, 2002, chron. n° 14.

MAGNIER V., « Les sanctions du formalisme informatif », *JCP G*, 2004, I, 106.

MAINGUY D. et *al.*, « L'introduction en droit français des *class actions* », *LPA*, 22 décembre 2005, n° 254, p. 6.

MAINGUY D., « A propos de l'introduction de la *class action* en droit français », *D. aff.*, 2005, p. 1282.

MALABAT V., « La responsabilité pénale du subordonné », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 681.

MALABAT V., « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *in Le champ pénal : Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Paris : Dalloz, 2006, p. 153.

MALAURIE Ph., « L'effet prophylactique du droit civil », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 669.

MALAURIE Ph., « La pensée juridique du droit civil au XX^{ème} siècle », *JCP G*, 2001, I, 283.

MALAURIE Ph., « Les sanctions en droit privé », *Defrénois*, 2006, n° 4, p. 316.

MALAURIE-VIGNAL M., « Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », *CCC*, 2008, dossier n°5.

MALINVAUD Ph., « La protection des consommateurs », *D.*, 1981, chron., p. 49.

MANARA C., « L'abus par le consommateur de son droit », *LPA*, 18 mai 1998, n° 59, p.4.

MARTIN R. et MARTIN J., « L'action collective », *JCP G*, 1984, I, 3162.

MARTIN R., « L'action en représentation conjointe des consommateurs », *JCP G*, 1994, I, 3756.

MARTIN R., « Le consommateur abusif », *D.*, 1987, chron., p. 150.

MASTOPOULOU H., « Le démarchage bancaire et financier », *RD bancaire et fin.*, 2003, p. 379.

MATOS (DE) A.-M., « Déchéance du droit aux intérêts : sanction automatique du non-respect du formalisme de l'offre de crédit à la consommation », *RED consom.*, 2001, p. 363.

MAYAUD Y., « La résistance du droit pénal au préjudice », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 807.

MAYAUD Y., « *Ratio legis* et incrimination », *RSC*, 1983, p. 597.

MAZEAUD D, « Lésion », *Rép. civ. Dalloz*, 2007.

MAZEAUD D., « Clauses limitatives de réparation : la fin de la saga ? », *D.*, 2010, p. 1832.

MAZEAUD D., « Force majeure et clause abusive », *D.*, 1998, p. 539.

MAZEAUD D., « L'attraction du droit de la consommation », *in Droit du marché et droit commun des* obligations, *RTD com.*, 1998, p. 95.

MAZEAUD D., « Le principe de proportionnalité et la formation du contrat », *LPA*, 30 septembre 1998, n° 117, p. 12.

MAZEAUD D., « Loyauté, solidarité, fraternité : la nouvelle devise contractuelle ? », *in L'avenir du droit : Mélanges en hommage à François Terré*, Paris : Dalloz, 1999, p. 604.

MAZEAUD D., « La formation du contrat », *in Faut-il recodifier le Code de la consommation ?* Paris : Economica, 2002, p. 87.

MAZEAUD D., « Regards positifs et prospectifs sur "Le nouveau monde contractuel" », *LPA*, 7 mai 2004, n° 92, p. 47.

MAZEAUD D., « Droit commun du contrat et droit de la consommation », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 697.

MAZEAUD D., « La révision du contrat », *LPA*, 30 juin 2005, n° 129, p. 4.

MAZEAUD D., « Le droit de la consommation est-il un droit social ou un droit économique ? », *Rev. Lamy dr. conc.*, 2007, p. 136.

MAZEAUD D., « Clauses limitatives de réparation : les quatre saisons », *D.*, 2008, p. 1776.

MAZEAUD V., « Le juge et la clause de double montant du crédit renouvelable », *CCC*, 2011, Etude n° 7.

MEKKI M., « La cohérence sociologique du droit de la responsabilité civile », *in* Liber amicorum *: Etudes offertes à Geneviève Viney*, Paris : Dalloz, 2008, p. 739.

MEL J., « La notion de consommateur européen », *LPA*, 31 janvier 2006, n° 22, p. 5.

MENJUCQ M., « Un exemplaire d'application de la loi du 1er août 1905 sur les fraudes et falsifications : la répression des tromperies en matière d'appellation d'origine viticole »,

in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Paris : Dalloz, 2007, p. 831.

MESA R., « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », *Gaz. Pal.*, 21 novembre 2009, doctr., p. 15.

MESTRE J., « L'attitude des juges face aux recommandations de la Commission des clauses abusives : entre considération et indépendance », *RTD civ.*, 1999, p. 94.

MICKLITZ H., « La modernisation du droit des obligations : l'intégration du droit de la consommation et l'européanisation », *RED consom.*, 2003, p. 3.

MONTEIRO E., « La sanction pénale du non-respect du droit communautaire de la consommation », *in Le droit communautaire de la consommation : Bilan et perspectives*, Paris : La documentation française, 2002, p. 199.

MORAND C.-A., « La sanction », *in Vocabulaire fondamentale du droit*. Paris : Sirey, 1990, (APD, t. 35), p. 304.

MORIN A., « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *RED consom.*, 1991, p. 3.

NANA F., « L'intérêt collectif des consommateurs », *Cah. dr. entr*., 1995, n° 6, p. 41.

NAUCKE W., « Philosophie pénale contemporaine et réparation civile », *in Philosophie pénale*, (Paris : Sirey), 1983, (APD, t. 28), p. 1.

NEYS A. et PETERS T., « La peine considérée dans une perspective de réparation », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1999, p. 3

NICOLI M.-J., « Nouvelles technologies de l'information et litiges de consommation, Quelques réflexions relatives à la résolution des litiges de masse », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 761.

NOURISSAT C., « La violence économique, vice du consentement : beaucoup de bruit pour rien ? », *D.*, 2000, chron., p. 369.

NUSSENBAUM M., « L'appréciation du préjudice », *in La bonne foi en droit des affaires. LPA*, 19 mai 2005, n° 99, p. 89.

OLLARD R., « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC*, 2010, p. 561.

OUTIN-ADAM A., « Les responsables », *in La responsabilité du fait des produits défectueux, LPA*, 28 décembre 1998, n° 155, p. 8.

PAISANT G., « A la recherche du consommateur. Pour en finir avec l'actuelle confusion née de l'application du critère du "rapport direct" », *JCP G*, 2003, I, 121.

PAISANT G., « Clauses pénales et clauses abusives après la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 223.

PAISANT G., « De l'efficacité de la lutte contre les clauses abusives (à propos d'un arrêt de a cour de Paris du 22 mai 1986) », *D.*, 1986, chron., p. 299.

PAISANT G., « Essai sur la notion de consommateur en droit positif », *JCP E*, 1993, I, 267.

PAISANT G., « L'action des associations de consommateurs en suppression de clauses abusives et la réparation du préjudice causé à l'intérêt collectif des consommateurs », *D.*, 2000, p. 110.

PAISANT G., « Les clauses abusives et la présentation des contrats dans la loi n° 95-96 du 1er février 1995 », *D.*, 1995, chron., p. 99.

PAISANT G., « Le décret portant listes noire et grise de clauses abusives », *JCP E*, 2009, n° 15, p. 178.

PAISANT G., « Libres propos sur les modes alternatifs des règlements des litiges de la consommation », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 767.

PAISANT G., « La rétractation du consommateur en droit français », *in Le droit de rétractation ; Une analyse de droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 63.

PAISANT G., « Retour sur la notion de non-professionnel », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur au doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 231.

PAPATHEODOROU Th., « De l'individualisation des peines à la personnalisation des sanctions », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1993, p. 107.

PARAIN-VIAL J., « La souffrance infligée par la peine juridique peut-elle être juste ? », *in Philosophie pénale*, Paris : Sirey, 1983, (APD, t. 28), p.139.

PATETTA G., « Le point de vue des consommateurs », *in Les* class actions *devant le juge français, rêve ou cauchemar ?*, *LPA*, 10 juin 2005, n° 115, p. 3

PEDAMON M., « La règlementation des ventes avec primes : entre droit de la consommation et droit de la concurrence », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 823

PEGADO LIZ J., « Les premiers pas de l'action collective au Portugal », *RED consom.*, 1994, p. 176.

PEIS-HITIER M.-P., « De la croyance légitime comme critère de définition des quasi-contrats », *LPA*, 25 janvier 2006, n° 18, p. 8.

PENNEAU A., « Des consommateurs et des signes : pour une clarification en matière de certification de qualité hors secteur alimentaire », *in Les droits et le Droit : Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris : Dalloz, 2007, p. 857.

PENNEAU A., « Regards croisés sur l'action en défense de l'intérêt collectif des syndicats de salariés et des associations de consommateurs », *LPA*, 29 avril 2005, n° 85, p. 5.

PICCA G., « La sanction est-elle dissuasive pour le délinquant ? », *in Les objectifs de la sanction pénale : en Hommage à Lucien Slachmuydler*, Bruxelles : Bruylant, 1989, p. 53.

PICOD F., « Le consommateur européen », *in L'Union européenne*, Paris : La documentation française, 2007, p. 167.

PICOD Y., « Nullité », *Rép. civ. Dalloz*, 2004.

PICOD Y., « Réflexions sur la refonte du Code de la consommation », *CCC*, 2008, Etude n° 12.

PIEDELIEVRE S., « Brèves remarques sur l'article 87 de la loi du 12 avril 1996 », *Defrénois* 1997, p. 446.

PIEDELIEVRE S., « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », *in La responsabilité civile à l'aube du XXIe siècle, bilan prospectif, RCA,* 2001, hors-série, n° 6 *bis*, p. 68.

PIEDELIEVRE S., « Les nouvelles relations contractuelles entre les banquiers et les consommateurs », *JCP E*, 2005, p. 1268.

PIEDELIEVRE S., « Remarques sur les sanctions civiles dans les dispositions relatives à l'information et à la protection des emprunteurs dans le domaine immobilier », *JCP N*, 1995, p. 889.

PIERRE-MAURICE S., « Les clauses abusives relatives au recours en justice et la superposition des règles protectrices », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross,* Nancy : PUN, 2009, p. 241.

PIZZIO J.-P., « Droit communautaire de la consommation et droit français de la consommation », *in Le droit communautaire de la consommation*, Paris : La documentation française, 2002, p. 187.

PIZZIO J.-P., « L'expérience française sur le règlement juridictionnel des litiges de consommation et du logement », *RED consom.*, 1990, p. 257.

PIZZIO J.-P., « La loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs », *D.*, 1992, p. 181.

PIZZIO J.-P., « La protection des consommateurs par le droit commun des obligations », *in Droit du marché et droit commun des obligations*, *RTD com.*, 1998, p. 53.

PIZZIO J.-P., « Le droit de la consommation à l'aube du XXIe siècle : Bilan et perspectives », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 877.

PIZZIO J.-P., « Un apport législatif en matière de protection du consentement : la loi du 22 décembre 1972 et la protection du consommateur sollicité à domicile », *RTD civ*., 1976, p. 66.

POILLOT E., « Influence du droit de l'Union européenne et primauté de la loyauté : une protection incidente du consommateur ? », *LPA*, 24 novembre 2011, n° 234, p. 34.

POISSONNIER G., « Office du juge en droit de la consommation : une clarification bienvenue », *D*., 2008, p. 1285.

POLLAUD-DULIAN F., « Le devoir d'information du banquier et les crédits au consommateur », *RD bancaire et fin.*, 2002, p. 341.

POMART-NOMDEDEO C., « Le régime juridique des droits potestatifs en matière contractuelle, entre unité et diversité », *RTD civ.*, 2010, p. 209.

PONCELA P., « De la diversité des sanctions juridiques. Variations sur le traitement différentiel des illégalismes », *in La peine dans tous ses états : Hommage à Michel van de Kerchove*, Bruxelles : Larcier, 2011, p. 67.

PONCELA P., « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique de l'Etat », *in Philosophie pénale*, Paris : Sirey, 1983, (APD, t. 28), p. 123.

PUECH M., « La vente multiniveau encadrée par le droit pénal », *D.*, 1995, p. 117.

RAZAVI M., FALKMAN A.-L., « Vente subordonnée, vente avec primes et loteries sont-elles désormais licite par principe ? » *CCC*, Focus n° 22, p. 2.

RAYMOND G., « Contrats de consommation », *in J.-Cl. Conc. Consom.*, fasc. n° 800, 2009.

RAYMOND G., « Droit pénal de la consommation (Les abus de faiblesse) », *Gaz. Pal.*, 2002, doctr., p. 399.

RAYMOND G., « Les contrats de consommation », *in Après le Code de la consommation, grands problèmes choisis.* Paris : Litec, 1995, p. 37.

RAYMOND G., « Les modifications du 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 », *CCC*, 2008, Etude n° 3.

RAYMOND G., « Loi MURCEF : modifications intéressant le droit de la consommation », *CCC*, 2002, comm. n° 34.

RAYMOND G., « Pratiques commerciales déloyales et agressives », *in J.-Cl. Conc. Consom.*, fasc. n° 900, 2008.

RAYMONDIS L. M., « Le rôle de la sanction », *Rev. crim. et pol. techn.*, 1964, p. 283.

REMY Ph., « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.*, 1997, p. 323.

REMY Ph., « Les dommages et intérêts », *Pour une réforme du droit des contrats : Réflexions et propositions d'un groupe de travail*, Paris : Dalloz, 2009, p. 281.

REVET Th., « La clause légale », *in Mélanges Michel Cabrillac*, Paris : Litec, 1999, p. 277.

REZGUI M., « L'annulation unilatérale du contrat », *LPA*, 1er juillet 2009, n° 130, p. 6.

RICHARD M.-S., « Les sanctions civiles de nature à assurer la protection des consommateurs en matière de crédit », *Rapport de la Cour de cassation 2004*.

RIEG A., « La lutte contre les clauses abusives des contrats Esquisse comparative des solutions allemande et française) », *in Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 221.

RIVERO J., « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », *in Mélanges offerts à Pierre Raynaud*, Paris : Dalloz : Sirey, 1985, p. 675.

ROBERT J.-H., **«** La distinction des délits et des contraventions de fraude », *JCP G*, 1990, I, 3444.

ROBERT J.-H., « La pénalisation des matières juridiques techniques : l'exemple du droit de l'environnement », *in Les enjeux de la pénalisation du droit des affaires*, Paris : Dalloz, 1997, p. 57.

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

ROCHFELD J., « Les clairs-obscurs de l'exigence de transparence appliquée aux clauses abusives », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 981

ROTMAN E., « L'évolution de la pensée juridique sur le but de la sanction pénale, Aspects nouveaux de la pensée juridique », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique : Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : A. Pedone, 1975, Vol. 2, p. 163.

ROTT P., « Le droit de rétractation en droit allemand », *in Le droit de rétractation : Une analyse de droit comparé*, Bruxelles : Larcier, 2008, p. 7.

ROUHETTE G., « Droit de la consommation et théorie du contrat », *in Etudes offertes à René Rodière*, Paris : Dalloz, 1981, p. 247.

ROY P., « Les peines privées : Rapport canadien », *Travaux de l'association Henri Capitant : t. 54, L'indemnisation*, Paris : SLC, 2004.

SAINT-ESTEBEN R., « Pour ou contre les dommages et intérêts punitifs », *in Les sanctions judiciaires des pratiques anticoncurrentielles*, *LPA*, 20 janvier 2005, n° 14, p. 53.

SALVAIRE J., « Le concours idéal de contraventions », *JCP G*, 1960, I, 1588.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Clauses abusives dans les contrats de consommation : critères de l'abus », *CCC*, 2008, n° 6, étude n° 7.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Clauses abusives : les nouvelles clauses "noires" et "grises". – A propos du décret du 18 mars 2009 », *JCP E*, 2009, act. 178.

SAUPHANOR-BROUILLAUD N., « Le contrat de consommation et les contrats spéciaux », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation : Mélanges en l'honneur du Doyen Bernard Gross,* Nancy : PUN, 2009, p. 305.

SCOURTI N. et ROUVEURE I., « Les recours collectifs pour les consommateurs », *RED consom.*, 2010, p. 603.

SERINET Y.-M., « Le juge et l'illicéité du contrat », *in Le renouveau des sanctions contractuelles*, Paris : Economica, 2007, p. 85.

SERLOOTEN P., « Les qualifications multiples », *RSC*, 1973, p. 45.

SERRA Y., « Des clauses abusives cachées depuis la fondation du monde », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 997.

SIBONY A.-L., « Les actions collectives en droit européen : cent fois remettre sur le métier… », *RED consom.*, 2010, p. 577.

SOLTNER B., « Office du juge et règle protectrice de l'emprunteur », *RD bancaire et fin.*, 2004, p. 224.

SORDET C., « Vers des "*securities class action"* à la française ? », *LPA*, 8 décembre 2003, n° 244, p. 4.

SOYER J.-C., « La protection du consommateur en droit pénal français », *Travaux de l'association Henri Capitant : t. 24, La protection du consommateur*. Paris : Dalloz, 1975, p. 369.

SPITERI P., « L'infraction formelle », *RSC*, 1966, p. 497.

STEINMETZ F., « Le droit de la consommation… peut mieux faire », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 1049.

STOFFEL-MUNCK P., « Autour du consentement et de la violence économique », *RDC*, 2006, n° 1, p. 45.

STOUFFLET J., « Propos non conformistes sur la protection du consommateur emprunteur », *in Propos impertinents de droit des affaires : Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Paris : Dalloz, 2001, p. 287.

STRICKLER Y., « La protection de la partie faible en droit civil », *LPA*, 25 octobre 2004, n° 213, p. 6.

TELLIER V., « L'office du juge en matière de crédit à la consommation : la Cour de cassation récidive », *LPA*, 30 juin 2004, p. 12

TEMPLE H., « Le droit de la consommation est-il subversif ? », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 1067.

TESTU F. X., « Le juge et le contrat d'adhésion », *JCP G*, 1993, I, 3673.

TEYSSIE B., « Réflexions sur les conséquences de la nullité d'une clause d'un contrat », *D*., 1976, chron., p. 281.

THIBIERGE C., « Conclusion : Le concept de force normative » ; *in La force normative : Naissance d'un concept*, Paris : LGDJ, 2009, p. 813.

THIBIERGE C., « Synthèse : La force normative » ; *in La force normative : Naissance d'un concept*, Paris : LGDJ, 2009, p. 741.

THIBIERGE-GUELFUCCI C., « Libres propos sur la transformation du droit des contrats », *RTD civ*., 1997, p. 357.

THOMAS D., « A la recherche de la sécurité juridique, une question qui interpelle le droit pénal de la consommation », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 1111.

TRICOIT J.-P., « Sanction des clauses abusives en droit de la consommation : déchéance du droit aux intérêts ou clause réputée non écrite ? », *D*., 2005, p. 443.

TROCHU M., « Les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (directive n° 93-13-CEE du Conseil du 5 avril 1993) », *D.*, 1993, p. 315.

TUNC A., « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », *in Aspects nouveaux de la pensée juridique : recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Paris : A. Pedone, 1975, Vol. 1, p. 407.

VALETTE- ERCOLE V., « Droit pénal de la consommation », *in La réforme du code pénal et du code de procédure pénale*, Opinio doctomum, Paris : Dalloz, 2009, p. 143.

VAN DE KERCHOVE M., **«** Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC*, 2008, p. 805.

VAN DE KERCHOVE M., « Les fonctions de la sanction pénale : Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7 n° 127, p. 22.

VATIER B., « Les conséquences de la pénalisation de la vie économique », *in Les enjeux de la pénalisation de la vie économique*, Paris : Dalloz, 1997.

VERHAEGEN J., **«** Faute pénale et faute civile », *Philosophie pénale*, Paris : Sirey, 1983, (*APD*, t. 28), p.17.

VERNY E., **«** Fautes et tromperies », *in Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire : Mélanges offerts à Jean Pradel*, Paris : Cujas, 2006, p. 633.

VIGNOLLE P.-D., « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? (Acte II) » *Gaz. Pal.*, 2010, doctr., p. 7.

VINEY G., « 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 G*, 1988, II, 3355.

VINEY G., **«** L'appréciation du préjudice », *in Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *LPA*, 20 novembre 2002, n° 99, p. 89.

VINEY G., « L'apport du droit communautaire au droit français de la responsabilité », *in Etudes de droit de la consommation :* Liber amicorum *Jean Calais-Auloy*, Paris : Dalloz, 2004, p. 1135.

VINEY G., « Cessation de l'illicite et responsabilité civile », *in* Liber amicorum *Gilles Goubeaux*, Paris : Dalloz : LGDJ, 2009, p. 549.

VINEY G., « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.*, 2009, chron, p. 2944.

VULLIERME J.-L., **«** La fin de la justice pénale (polysémie de la peine, pluralité des modes de réparation) », *in Philosophie pénale*, Paris : Sirey, 1983, (APD, t. 28), p. 155.

WEMMERS J.-A., « Une justice réparatrice pour les victimes », *Rev. crim. et pol. techn.*, 2002, p. 156.

WESTER-OUISSE V., « La notion de consommateur à la lumière de la jurisprudence pénale », *JCP G*, 1999, I, 176.

WITZ Cl., « L'énigmatique exception au principe d'interprétation des clauses contractuelles dans un sens favorable au consommateur », *in Des contrats civils et commerciaux aux contrats de consommation, Mélanges offerts au Doyen Bernard Gross*, Nancy : PUN, 2009, p. 321.

ZEROUKI D., « La sanction en matière pénale », *in La sanction*, Paris : l'Harmattan, 2007 p. 39.

Rapports

ANZIANI A. et BETEILLE L., *Rapport d'information relatif à la responsabilité civile.* Paris : Sénat, 2009, 132 p., (Rapport du Sénat n° 558), ISBN : 2-11-127353-5, disponible sur : http://www.senat.fr/notice-rapport/2008/r08-558-notice.html.

BETEILLE L. et YUNG R., *Rapport d'information sur l'action de groupe*. Paris : Sénat, 2010, 104 p., (Rapports du Sénat n° 499), ISBN : 2-11-134004-6, disponible sur : http://www.senat.fr/notice-rapport/2009/r09-499-notice.html.

CALAIS-AULOY J. (dir.), *Propositions pour un nouveau droit de la consommation.* Paris : La documentation française, 1985, 221 p., (Rapports officiels), ISBN : 2-11-001483-0.

CALAIS-AULOY J. (dir.), *Propositions pour un Code de la consommation*. Paris : La documentation française, 1990, 183 p., (Rapports officiels), ISBN : 2-11-002389-9.

CERUTTI G. et GUILLAUME M., *Rapport sur l'action de groupe*. Paris : Ministère de la Justice, 2005, 71 p.

COULON J.-M., *La dépénalisation de la vie des affaires : Rapport au Garde des sceaux, ministre de la justice*. Paris : La documentation française, 2008, 133 p., (Rapports officiels), ISBN : 2-11-007129-3.

Les actions de groupe. Paris : Sénat, 2010, 52 p., (Documents de travail du Sénat. Législation comparée), disponible sur : http://www.senat.fr/lc/lc206/lc206.pdf.

Table des décisions citées[1]

Juridictions de première instance

Premier degrès de juridiction

T. com. Paris, 7ème ch., 12 mars 2012, RG n° 200/04116, Cerclab n° 309 165

TGI Bobigny, 7ème ch., sect. 2, 21 mars 2006, RG n° 04/04295 ; Cerclab n° 3067 165

TGI Evry, 26 juin 2007, n° 0603850077 438

TGI Grenoble, 4ème ch. civ., 29 janvier 2001, RG n° 1999/04303 ; Cerclab n° 3164 194

Cours d'appel

CA Agen, 1ère ch., 16 juin 2004, RG n° 03/01632 ; Cerclab n° 547 189

CA Agen, 4 mai 2004, RG n° 02/1351 438

CA Aix-en-Provence, 11ème ch., 20 septembre 1995, RG n° 94/19269 ; Cerclab n° 760 ; JurisData n° 047069 ; *CCC*, 1996, n° 172, note G. RAYMOND 190

CA Aix-en-Provence, 1ère ch. B, 26 mai 2005, RG n° 03/08153 ; Cerclab n° 725, JurisData n° 279542 193

CA Aix-en-Provence, 11ème ch. A, 25 juin 2008, RG n° 05/21733, JurisData n° 367742 191

CA Angers, 1ère ch. A, 21 février 1997, RG n° 96/00162, Cerclab n° 688 (à paraître) ... 165

CA Angers, 19 juin 2000, RG n° 99/00023 334

CA Bordeaux, 7 février 2008, RG n° 05/003556 et RG n° 06/6038 343

CA Bordeaux, 10 mars 2008, RG n° 05/03647 343

CA Bordeaux, 7 mai 2008, RG n° 06/03025 343

CA Bordeaux, 6 juin 2008, RG n° 06/06122 343

CA Bordeaux, 9 juin 2008, RG n° 06/06140 343

CA Colmar, 30 janvier 1970 ; *D.*, 1970, p. 297, note E. ALFANDARI ; *JCP G*, 1971, II, 16609, note Y. LOUSSOUARN 105

CA Dijon, 1ère ch., 1ère sect.), 30 mars 1993, RG n° 00000924/92 188

CA Douai, Ch. 01 sect. 02, 27 février 2008, RG n° 06/07192 ..... 434, 438

CA Grenoble, civ. 1ère, 2 novembre 1998, RG n° 96/4398 ; Cerclab n° 3107 176

[1] Les numéros renvoient aux numéros de pages.

CA Grenoble, 6 février 2004, RG n° 04/1141 ..... 194, 343
CA Grenoble, 1ère ch. civ., 13 février 2007, RG n° 05/02995 ; Cerclab n° 2263 190
CA Grenoble, Civ. 1ère, 6 mars 2007, RG n° 05/01263 444
CA Grenoble, Ch. civ. 1ère, 22 mai 2007, RG n° 05/00795 433
CA Grenoble, 15 janvier 2008, RG n° 05/03326 438
CA Grenoble, 2ème ch. civ., 6 mars 2012, RG n° 09/00828, Cerclab n° 3671 165
CA Lyon, 13 février 2002, RG n° 2000/07432 ..... 334, 343
CA Lyon, 15 janvier 2008 343
CA Montpellier, 2ème ch. A, 12 octobre 1999, RG n° 99/0001262 ; Cerclab n° 945 190
CA Nîmes, 2ème ch. A, 19 mars 1998, RG n° 96-3575 ; Cerclab n° 1075 ; Juris-Data n° 030537 188
CA Paris, 30 novembre 1994 70
CA Paris, 25ème ch. A, 20 septembre 2002, RG n° 2001/03/498 ; Cerclab n° 902 189
CA Paris, 7 février 2003 438
CA Paris, Ch 15 B., 3 avril 2008, (2 arrêts) RG n° 06/18279 et n° 06/00402 438
CA Paris, Ch. 25 B, 13 février 2009, RG n° 06/06059 444
CA Paris, Pôle 05, Ch. 06, 15 octobre 2010, RG n° 07/21494 438
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 juin 2010, RG n° 07/12995 440
CA Paris, Pôle 05, Ch. 11, 11 juin 2011, RG n° 07/12995 ..... 437, 438
CA Paris, Pôle 5, ch. 10, 9 novembre 2011, RG n° 10/05901, Cerclab n° 3411 165
CA Rennes, 7 mars 2002, RG n° 01/04460, JurisData n° 2002-180102 70
CA Rennes, 1ère ch. B, 4 juillet 2003, RG n° 02/04189, Cerclab 165
CA Rennes, 14 avril 2005, RG n° 04/04109, JurisData n° 2005-278507 70
CA Rennes, 1ère ch. B, 24 octobre 2008, RG n° 07/05323 ; Cerclab n° 2704 ; JurisData n° 2008-005048 191
CA Rennes, 7 septembre 2007, RG n° 06/08242 437
CA Rennes, Ch. 1ère B, 27 mars 2008, RG n° 07/03298 438
CA Rennes, Ch. 1ère B, 23 mai 2008, n° 07/04363 444
CA Rennes, Ch. 01 B, 30 avril 2009, RG n° 08/00553 438
CA Rennes, Ch. 1ère B, 2 octobre 2009, n° 09/00281 438
CA Riom, Ch. des appels correctionnels, 13 septembre 2007, RG n° 07/00071 432
CA Rouen, 7 novembre 2007, RG n° 06/2842b 194, 343
CA Toulouse, 8 avril 1999, RG n° 98/00132, JurisData n° 1999-041780 70
CA Toulouse, 13 novembre 2001, RG n° 2000/03601, JurisData n° 2001-164970 70

CA Versailles, 16 mars 2001, RG n° 99/05730, JurisData n° 2001-184669 71

Cour de cassation

Première Chambre civile

Civ 1ère, 10 avril 1996, pourvoi n° 94-14.918 ; *Bull. civ. I*, n° 177 ; *JCP G*, 1996, II, 22694, note H. CLARET et G. PAISANT ; *RTD civ.*, 1997, p. 118, obs. J. MESTRE 161

Civ. 1ère, 10 juin 1992, pourvoi n° 90-17.267 ; *Bull. civ. I*, n° 178 ; *CCC*, 1992, comm. G. Raymond 123

Civ. 1ère, 10 mai 2000, pourvoi n° 97-17.412 ; *Bull. civ. I*, n° 139 ; *CCC*, 2010, n° 10, p. 22, comm. RAYMOND G. 310

Civ. 1ère, 10 mai 2005, (3 arrêts) pourvois nos 00-20.494, 01-01.697 et 02-21.297, Inédits 338

Civ. 1ère, 10 mai 2005, pourvoi n° 00-20.494, Inédit 335

Civ. 1ère, 10 mai 2005, pourvoi n° 02-21.297, Inédit 342

Civ. 1ère, 11 décembre 2008, pourvoi n° 07-16.620, Inédit 444

Civ. 1ère, 11 mai 2012, pourvoi n° 10-25.620, Inédit 159, 160

Civ. 1ère, 11 mars 2010, pourvoi n° 08-20.545, Inédit ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES 338, 343, 345

Civ. 1ère, 11 mars 2010, pourvoi n° 09-12.535, Inédit ; *CCC*, 2021, n° 6, p. 34, obs. G. RAYMOND 210

Civ. 1ère, 12 décembre 2002, pourvoi n° 99-21.121 ; *Bull. Civ. I*, n° 315 ; *CCC*, 2003, n° 5 p. 29, comm. RAYMOND G. ; *Dr. et patr.*, 2003, n° 14, p. 91, obs. CHAUVEL P. 70

Civ. 1ère, 12 juillet 2005, pourvoi n° 02-13.614, Inédit ; *JCP N*, 2006, p. 599, obs. S. PIEDELIEVRE 81

Civ. 1ère, 13 juin 2006, pourvoi n° 04-13.784, Inédit 329

Civ. 1ère, 13 juin 2006, pourvoi n° 05-18.469 ; *Bull. civ. I*, n° 308 ; *CCC*, 2006, n° 11, p. 10, comm. L. LEVENEUR ; *RDC*, 2006, p. 115, obs. D. FENOUILLET 338, 342

Civ. 1ère, 13 mai 2003, pourvoi n° 01-03.235, Inédit 75

Civ. 1ère, 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.369 ; *Bull. civ. I*, n° 399 ; *CCC*, 1997, 32, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 1997, p. 4015, obs. Ch. JAMIN ; *LPA*, 22 décembre 1997, n° 153, p. 17, note J. HUET. 178

Civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 06-21.745 ; *Bull. civ. I*, n° 256 ..... 314, 317

Civ. 1ère, 13 novembre 2008, pourvoi n° 07-15.000, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 1, p. 30, comm. G. RAYMOND 437

Civ. 1ère, 13 octobre 1998, pourvoi n° 66-21.485 ; *Bull. civ. I*, n° 300 ; *D.*, 1999, p. 198, note Ch. JAMIN ; *Defrénois*, 1999, p. 374, obs. D. MAZEAUD ; *JCP G.*, 1999, II, 10133, note N. RZEPECKI ; *RTD civ.*, 1999, obs. J. MESTRE 128

Civ. 1ère, 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-16.159, Inédit ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 60-70, p. 15, obs. M. MEKKI ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES.....338, 342

Civ. 1ère, 14 janvier 2010, pourvoi n° 08-18.230, Inédit.....160

Civ. 1ère, 14 juin 2005, pourvoi n° 04-10.320, Inédit.....329

Civ. 1ère, 14 juin 2007, pourvoi n° 05-22.011, Inédit ; *RTD com.*, 2007, p. 817, obs. D. LEGEAIS.....81

Civ. 1ère, 14 mai 1991, pourvoi n° 89-20.999, *Bull. civ. I*, n° 153 ; *CCC*, 1991, n° 7, note L. LEVENEUR ; *D.*, 1991, p. 449, note J. GHESTIN ; *JCP E*, 1992, n° 239, note G. PAISANT ; *JCP G*, 1991, II, 21763, note VILLACEQUE ; *LPA*, 8 juillet 1991, note Th. HASSLER.....174

Civ. 1ère, 14 mai 1992, pourvoi n° 90-14.047 ; *Bull. civ. I*, n° 134.....437

Civ. 1ère, 14 novembre 2006, pourvoi n° 04-17.578, *Bull. civ. I*, n° 489 ; *JCP G*, 2007, II, 10056, note G. PAISANT ; *RDC*, 2007, p. 337, note D. FENOUIL.....182

Civ. 1ère, 14 novembre 2010, pourvoi n° 08-20.386, Inédit.....90

Civ. 1ère, 15 décembre 2009, pourvoi n° 09-83.059 ; *Bull. civ. I* ; *RDC*, 2010, p. 872, note D. FENOUILLET.....363

Civ. 1ère, 15 février 2000, pourvoi n° 98-12.713 ; *Bull. civ. I*, n° 49 ; *JCP G*, 2001, II, 10477, obs. O. GOUT ; *RTD com.*, 2000, p. 705, obs. B. BOULOC ; *CCC*, 2000, comm. n° 116, obs. G. RAYMOND.....224

Civ. 1ère, 15 juillet 1999, pourvoi n° 97-19.519, Inédit.....81

Civ. 1ère, 15 mai 2002, pourvoi n° 99-21.521 ; *Bull. civ. I*, n° 132 ; *CCC*, 2002, n° 135, note L. LEVENEUR ; *JCP G*, 2002, I, 184, obs. F. LABARTHE.....111

Civ. 1ère, 15 novembre 2005 pourvoi n° 04-16.761, Inédit.....322

Civ. 1ère, 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-12.725, Inédit ; *CCE*, 2006, n° 1, p. 33, comm. Ph. STOFFEL-MUNCK.....160

Civ. 1ère, 16 janvier 2007, pourvoi n° 06-11.340, Inédit.....329

Civ. 1ère, 16 juillet 1987, pourvoi n° 84-17.731, *Bull. civ. I*, n° 226 ; *D.*, 1988, p. 49, note J. CALAIS-AULOY.....174

Civ. 1ère, 16 mars 1996, pourvoi n° 92-12.239 ; *Bull. Civ. I*, n° 100.....74

Civ. 1ère, 16 mars 2004, pourvoi n° 99-17.955, *Bull. civ. I*, n° 91 ; *D.*, 2004, p. 947, obs. V. AVENA-ROBARDET ; *JCP G*, 2004, II, 10129, note Y. DAGORNE-LABBE.....224

Civ. 1ère, 17 juillet 2001, pourvoi n° 98-22.364 ; *Bull. civ. I*, n° 233 ; *D.*, 2002, p. 71, note D. MAZEAUD ;*JCP G*, 2002, obs. E. BAZIN.....114, 256

Civ. 1ère, 17 novembre 1998, pourvoi n° 96-15.126 ; *Bull. civ. I*, n° 316 ; *CCC*, 1999, n° 18, note L. LEVENEUR ; *Defrénois*, 1999, p. 367, obs. PH. DELEBECQUE.....160

Civ. 1ère, 17 novembre 2011, pourvoi n° 10-23.093, Inédit ; *CCC*, 2012, n°1, comm. n° 5, G. RAYMOND.....210

Civ. 1ère, 18 février 2009, n° 07-18.648, Inédit.....80

Civ. 1ère, 18 février 2009, pourvoi n° 05-16.774, Inédit.....76

Civ. 1ère, 18 février 2009, pourvoi n° 08-12.584 ; *Bull. civ. I*, n° 34 ; *JCP N*, 2010, n° 1, p. 28, obs. S. PIEDELIEVRE 319

Civ. 1ère, 18 janvier 2005, pourvoi n° 02-18.893, Inédit.....329

Civ. 1ère, 18 janvier 2005, pourvoi n° 03-15.115, Inédit.....103

Civ. 1ère, 18 mars 1997, pourvoi n° 95-04.159 ; *Bull. civ. I*, n° 97 321

Civ. 1ère, 18 mars 1997, pourvois nos 96-04.006 et 95-04.213, Inédit 316

Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-17.761 ; *Bull. civ. I*, n° 84 202

Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-17.761 ; *Bull. civ. I*, n° 84 ; *RDC*, 2003, p. 95, obs. M. BRUSCHI.....318

Civ. 1ère, 18 mars 2003, pourvoi n° 00-19.934 ; *Bull. civ. I*, n° 85 ; *CCC*, 2003, no 100, note G. RAYMOND, *Defrénois* 2003, p. 1168, obs. R. LIBCHABER ; *RDC*, 2003 p. 80, obs. D. FENOUILLET.....338, 340

Civ. 1ère, 19 mai 1958 ; *Bull. civ. I*, n° 251 92

Civ. 1ère, 19 mars 2009, pourvoi n° 05-13.126, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 7, p. 33, comm. G. RAYMOND ; *JCP N*, 2010, n° 1, p. 29, obs. S. PIEDELIEVRE.....81, 310

Civ. 1ère, 19 novembre 2009, pourvoi n° 08-16.132, Inédit ; CCC, 2010, n° 2 , p. 35, comm. G. RAYMOND.....442

Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-10.570 ; *Bull. civ. I*, n° 289 ; *JCP G*, 2000, p. 1321, note F. MEHREZ.....333, 336

Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-18.852, Inédit.....333, 336

Civ. 1ère, 19 octobre 1999, pourvoi n° 97-20.509, Inédit.....333

Civ. 1ère, 1er février 2000, pourvoi n° 97-16.707, Inédit 175

Civ. 1ère, 1er février 2005, pourvoi n° 02-20.633 ; *Bull. civ. I*, n° 63 167

Civ. 1ère, 1er juillet 2010, pourvoi n° 09-12.585, Inédit 343

Civ. 1ère, 1er juin 2011, pourvois nos 09-72.552 et 10-10.843 ; *à paraître au bulletin* ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 11, p. 20, D. HOUTCIEFF ; *RGDA*, 2012, n° 1, p. 33, note A. PELISSIER 210

Civ. 1ère, 2 décembre 2003, pourvoi n° 01-13.905, Inédit 433, 438

Civ. 1ère, 2 octobre 2007, pourvoi n° 05-17.691 ; *Bull. Civ. I*, n° 316 ; *RDC*, 2008, p. 351, obs. D. FENOUILLET 80

Civ. 1ère, 2 octobre 2007, pourvoi n° 06-15.300, Inédit.....75

Civ. 1ère, 20 janvier 2011, pourvoi n° 09-70.540, Inédit.....69

Civ. 1ère, 20 juillet 1994, pourvoi n° 92-19.187 ; *Bull. civ. I*, n° 262 ; *JGP N*, 1995, p. 1559, note A. GOURIO.....74

Civ. 1ère, 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394 ; *Bull. civ. I*, n° 191.....321

Civ. 1ère, 20 juin 2000, pourvoi n° 97-22.394 ; *Bull. civ. I*, n° 191 ; *JCP G*, 2001, II, 10454, note A. GOURIO.....316

Civ. 1ère, 20 juin 2000, pourvoi n° 98-19.346, Inédit.....75

Civ. 1ère, 20 octobre 2011, pourvoi n° 10-25.402, *à paraître au bulletin* ; *LPA*, 27 février 2012, n° 41, p. 7, HAROLD KOBINA G. ; *D.*, 2011, p. 2910, E. BAZIN ; *Gaz. Pal.*, 2011, n° 334, p. 17, S. PIEDELIEVRE 442

Civ. 1ère, 21 février 2001, pourvoi n° 98-21.382, Inédit 75

Civ. 1ère, 21 février 2006, pourvoi n° 04-10-879 ; *Bull. civ. I*, n° 95 ; *RTD com.*, 206, p. 206, obs. B. BOULOC.....444

Civ. 1ère, 21 janvier 2003, pourvoi n° 00-15.145, Inédit ; Cerclab n° 2026 164

Civ. 1ère, 21 janvier 2003, pourvois nos 00-13.342 et 00-19.001, *Bull. civ. I,* no 19, *D.* 2003, p. 2600, note H. CLARET, *RTD civ.*, 2003, p. 292, obs. J. MESTRE et B. FAGES, *RTD com.*, 2003, p. 559, obs. B. BOULOC, *Dr. et patr.*, 2003, no 115, p. 112, obs. P. CHAUVEL.....210

Civ. 1ère, 21 octobre 2003, pourvoi n° 01-13.239, Inédit ; *CCC*, 2004, n° 4, p. 41, comm. G. RAYMOND.....444

Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 03-11.775, Inédit ; *RD bancaire et fin.*, 2009, p. 43, obs. X. LAGARDE 68, 348

Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 03-16.718, Inédit.....322

Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 04-19.085, Inédit.....314

Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-14.954, Inédit.....331

Civ. 1ère, 22 janvier 2009, pourvoi n° 05-20.176 ; *Bull. civ. I*, n° 9 ; *CCC*, 2009, , obs. G. RAYMOND ; *D.*, 2009, p. 908, note S. PIEDELIEVRE ; *Defrénois* 2009, p. 663, obs. E. SAVAUX ; *JCP G*, 2009, II, 10037, note X. LAGARDE ; *ibid.*, p. 66, obs. O. GOUT ; *LPA*, 8 avril 2009, note G. POISSONNIER ; *RTD com.*, 2009, p. 421, obs. D. LEGEAIS ; *RDC*, 2009, p. 1078, note D. FENOUILLET. 224

Civ. 1ère, 22 mai 2008, pourvoi n° 05-21.822 ; *Bull. civ. I*, n° 145 ; *Gaz. Pal.*, 2009, n° 11, p. 26, obs. S. BEN HADJ YAHIA ; *RDC*, 2008, p. 1214, obs. BRUSCHI M. ; *JCP G*, 2008, II, 10133, comm. A. SERIAUX 210

Civ. 1ère, 22 mai 2008, pourvoi n° 06-13.562, Inédit.....314

Civ. 1ère, 22 novembre 2007 (6 arrêts) pourvois nos 03-11.776, 03-11.777, 03-11.778, 03-11.779, 03-11.780 et 03-11.781, Inédits 322

Civ. 1ère, 23 juin 1987, pourvoi n° 85-15.170; *Bull. Civ. I*, n° 154.....68

Civ. 1ère, 23 juin 2011, pourvoi n° 10-19.741, Inédit ; *LPA*, 6 septembre 2009, n° 177, p. 19, note BURGARD M. 344

Civ. 1ère, 23 novembre 1999, pourvoi n° 97-14.949 ; *Bull. Civ. I*, n° 321.....75

Civ. 1ère, 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-11.411 ; *Bull. civ. I*, n° 287 ; *CCC*, 2005, n° 2, p. 23, note G. RAYMOND ; *D.*, 2005, p. 443, note J.-PH. TRICOIT ; *Gaz. Pal.*, 2005, p. 33, note S. PIEDELIEVRE ; *RTD com.*, 2005, p. 157, note D. LEGEAIS 201, 327

Civ. 1ère, 23 novembre 2004, pourvoi n° 03-17.197, Inédit.....322

Civ. 1ère, 24 janvier 2006, pourvoi n° 04-13.458, Inédit.....329

Civ. 1ère, 25 février 2005, pourvoi n° 09-12.129, Inédit 343

Civ. 1ère, 25 février 2010, pourvoi n° 09-12.129, Inédit ; *CCC*, 2010, n° 6 p. 37, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 2010, p. 325, obs. B. FAGES 338, 343

Civ. 1ère, 25 janvier 1989, pourvoi n° 83-13.640 ; *Bull. civ. I*, n° 43 ; *JCP G*, 1989, II ? 21357, note G. PAISANT 174

Civ. 1ère, 25 juin 2009, pourvoi n° 08-16132, Inédit 443

Civ. 1ère, 26 février 2002, pourvoi n° 01-04.039, Inédit 81

Civ. 1ère, 26 mai 2011, pourvoi n° 10-15.676 ; *à paraître au bulletin* ; *CCC*, 2011, n° 8, p. 28, obs. G. RAYMOND ; *D.*, 2011, p. 1884, obs. N. DUPONT ; *RDC*, 2012, p. 151, note C. PELLETIER : *ibid.*, 2011, p. 1252, note N. SAUPHANOR-BROUILLAUD 418

Civ. 1ère, 26 novembre 1991, pourvoi n° 90-15.935 ; *Bull. civ. I*, n° 332 335

Civ. 1ère, 27 février 2001, pourvoi n° 98-19.857 ; *Bull. Civ. I*, n° 48 81

Civ. 1ère, 27 novembre 2008, pourvoi n° 07-18.778, Inédit 444

Civ. 1ère, 28 mai 2009, pourvoi n° 08-16.263, Inédit ; *CCC*, 2009, n° 10, p. 34, comm G. RAYMOND 72

Civ. 1ère, 28 mars 1995, pourvoi n° 93-12.678 ; *Bull. civ. I*, n° 150 335

Civ. 1ère, 28 novembre 1995, pourvoi n° 96-16.055, Inédit 80

Civ. 1ère, 28 octobre 2010, pourvoi n° 09-13.990 ; *Bull. civ. I*, n° 215 111

Civ. 1ère, 29 mai 1997 (13 arrêts), Inédits 316

Civ. 1ère, 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-27.402 ; *Bull. civ. I* ; *Gaz. Pal.*, 2012, n° 53-53, p. 19, obs. S. PIEDELIEVRE ; *RDC*, 2012, p. 485, note D. FENOUILLET 363

Civ. 1ère, 3 avril 2002, pourvoi n° 00-12.932 ; *Bull. civ. I*, n° 108 ; *CCC*, 2002, n° 121, note L. LEVENEUR ; *D.*, 2002, p.1860, note J.-P. CHAZAL; *JCP G*, 2002, I, 184, obs. G. VIRASSAMY ; *Defrénois*, 2002, p. 1246, obs. E. SAVAUX; *RTD civ.*, 2002. 502, obs. J. MESTRE et B. FAGES 98, 99

Civ. 1ère, 3 avril 2007, pourvoi n° 06-10.468, Inédit ; *CCC*, 2008, n° 11, p. 43, comm. G. RAYMOND 314, 322

Civ. 1ère, 3 décembre 1991, pourvoi n° 89-20.856 ; *Bull. civ. I*, n° 342 ; 160

Civ. 1ère, 3 décembre 1991, pourvoi n° 89-20.956 ; *Bull. civ. I*, n° 342 175

Civ. 1ère, 3 février 2011, pourvoi n° 08-14.402 ; *Bull. civ. I*, n° 23 ; *CCC*, 2011, comm. n° 102, obs. G. RAYMOND ; *D.*, 2011, p. 1659, note G. CHANTEPIE ; *JCP G*, 2011, p. 414, note G. PAISANT 226

Civ. 1ère, 3 juillet 2008, pourvoi n° 07-15.088 ; *Bull. civ. I*, n° 188 114

Civ. 1ère, 3 mai 2011, pourvoi n° 09-71.144, Inédit 103

Civ. 1ère, 3 mars 1993, pourvoi n° 91-10.873 ; *Bull. civ. I* n° 95 ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 94, obs. G. POISSONNIER 74, 316, 318

Civ. 1ère, 3 juillet 1996, pourvoi n° 94-14.800 ; *Bull. civ. I*, n° 286 ; *D.*, 1997, p. 500, note REIGNE P.; *Defrénois*, 1996, 1015, obs. PH. DELEBECQUE ; *JCP G*, 1997, I, 4015, obs. F. LABARTHE ; *RTD civ*., 1996, p. 903, obs. J. MESTRE 143

Civ. 1ère, 30 janvier 2007 (3 arrêts), pourvois nos 05-20.923, 04-10.879 et 04-16.030.... 444

Civ. 1ère, 30 mai 2000, pourvoi n° 98-15.242 ; *Bull. civ. I*, n° 169 ; *CCC*, 2000, comm. no 142, note L. LEVENEUR ; *D.*, 2001. p. 1140, obs. D. MAZEAUD*; JCP G*, 2001,. II,. 10461, note G. LOISEAU *; RTD civ.* 2000., p. 827, obs. J. MESTRE et B. FAGES*; ibid.* p.863, obs. P.-Y. GAUTHIER P.-Y.. 99

Civ. 1ère, 30 mars 1994, pourvoi n° 92-13.653 ; *Bull. Civ. I*, n° 130 69

Civ. 1ère, 30 mars 2005, pourvoi n° 02-13.765 ; *Bull. civ. I*, n° 159 329

Civ. 1ère, 4 déc. 2003, pourvoi n° 02-17.995 ; *Bull. civ. I*, n° 367 224

Civ. 1ère, 4 février 2003, pourvoi n° 00-14.251 ; *Bull. civ. I*, n° 41 329

Civ. 1ère, 4 janvier 2005, pourvoi n° 03-12.143, Inédit..... 329

Civ. 1ère, 4 juin 2002, pourvoi n° 99-21.769, Inédit..... 310

Civ. 1ère, 5 décembre 2006, pourvoi n° 05-16.157, Inédit 75

Civ. 1ère, 5 février 2009, pourvois nos 07-11.119 et 07-11.482, Inédit..... 318

Civ. 1ère, 5 juillet 2005, pourvoi n° 03-20.137, Inédit 322

Civ. 1ère, 5 mars 2009, pourvoi n° 08-11.680, Inédit 317

Civ. 1ère, 5 octobre 1999, pourvoi n° 97-17.995 ; *Bull. civ. I*, n° 260 ; *D.*, 2000, p. 110, note G. PAISANT 444

Civ. 1ère, 6 décembre 1989, pourvoi n° 88-16.727 ; Bull. civ. I, n° 379 ; D., 1990, p. 289, note J. GHESTIN 174

Civ. 1ère, 6 mai 2010, pourvoi n° 08-14.461, Inédit ; *Dr. et patr.*, 2011, n° 200, p. 11, obs. L. AYNÈS et PH. STOFFEL-MUNCK ; *Gaz. Pal.*, 2010, n° 216-217, p. 19, obs. D. HOUTCIEFF ; *JCP G*, 2010, p. 1729, note F. LABARTHE ; *RDC*, 2010, p. 1197, note D. MAZEAUD ; *RTD civ.*, 2010, p. 581, note P.-H. GAUTHIER..... 92

Civ. 1ère, 6 mai 2010, pourvoi n° 09-10.170, Inédit..... 81

Civ. 1ère, 7 décembre 2004, pourvoi n° 01-11.823 ; *Bull. Civ. I*, n° 303 ; ; *D.*, 2005, p. 75, obs. C. RONDEY ; *Droit et patrimoine*, 2005, n° 135, p. 85, note P. CHAUVEL ; *JCP G*, 2005, II, 10160, note N. RZEPECKI ;E. BAZIN,..... 70

Civ. 1ère, 7 juillet 1998, pourvoi n° 96-17.279 ; *Bull. civ. I*, n° 240 ; *D.*, 1999, p. 111, obs. D. MAZEAUD ; *CCC*, 1998, n° 120, note G. RAYMOND..... 175

Civ. 1ère, 7 octobre 1998, pourvoi n° 69-17.829 ; *Bull. Civ. I*, n° 290..... 70

Civ. 1ère, 8 juillet 2003, pourvoi n° 01-00.841, Inédit 316

Civ. 1ère, 9 février 1988, pourvoi n° 86-11.557 ; *Bull. Civ. I*, n° 34 69

Civ. 1ère, 9 juillet 2003, pourvoi n° 01-11.153 ; *Bull. Civ. I*, n° 170..... 81

Civ. 1ère, 9 mars 1999, pourvoi n° 96-12.053 ; *Bull. civ. I*, n°.85 329

Civ. 1re, 13 novembre 1996, pourvoi n° 94-17.369 ; *Bull. civ. I*, n° 399 ; Cerclab n° 2069 ; *CCC*, 1997, comm. G. RAYMOND ; *RTD civ.*, 1997, p. 4015, obs. Ch. JAMIN ; *LPA*, 22 décembre 1997, n° 153, p. 17, note J. HUET 176

Deuxième Chambre civile

Civ. 2ème, 11 février 1998, pourvoi n° 96-82.672 ; *Bull. civ. II*, n° 58 ; *Defrénois*, 1998, p.1044, obs. D. MAZEAUD; *JCP G*, 1998, II, 10156, note CARDUCCI*; ibid.* I. 185, obs. G. VINEY 335

Civ. 2ème, 13 juillet 2006, pourvoi n° 05-18.104 ; *Bull. civ. II*, no 214 ; *CCC*, 2006, n° 10, p. 27, G. RAYMOND ; *RDC*, 2007, p. 347, note D. FENOUILLET ; *RGDA*, n° 2006-4, p. 984, note M.-H. MALEVILLE ; *RTD com.*, 2007, p. 435, obs. B. BOULOC.....210

Civ. 2ème, 14 janvier 1998, pourvoi n° 95-17.909, Inédit.....333, 334

Civ. 2ème, 15 décembre 2011, pourvoi n° 10-26.983, Inédit ; *CCC*, 2012, n° 5, p. 33, comm. G. RAYMOND 210

Civ. 2ème, 18 décembre 1996, pourvoi n° 94-20.368 ; *Bull. civ. II*, n° 307.....333, 334

Civ. 2ème, 18 novembre 2010, pourvoi n° 09-71.247, Inédit.....210

Civ. 2ème, 2 avril 2009, pourvoi n° 07-14.900, Inédit 210

Civ. 2ème, 22 janvier 2009, pourvoi n° 07-19.234, Inédit ; *RDI*, 2009, p. 369, D. NOGUERO 161

Civ. 2ème, 26 octobre 2000, pourvoi n° 98-18.246 ; *Bull. civ. II*, n° 148 ; *Defrénois*, 2001, p. 693, obs. E. SAVAUX 333

Civ. 2ème, 28 juin 1995, pourvoi n° 93-17.738 ; *Bull. civ. II*, n° 225 ; *D.*, 1996, p. 180, note MOURALIS D.....333, 334

Civ. 2ème, 3 mars 1988, pourvoi n° 86-17.550 ; *Bull. civ. II*, n° 57 .....333, 334

Civ. 2ème, 3 mars 2011, pourvoi n° 10-11.826, Inédit ; *RGDA*, 2011, n° 3, p. 686, obs. S. ABRAVANEL-JOLLY 159, 161

Civ. 2ème, 8 juillet 2010, pourvoi n° 09-16.417, Inédit 208

Civ. 2ème, 9 avril 2009, pourvoi n° 08-17.714, Inédit 210

Troisième Chambre civile

Civ. 3ème, 15 janvier 1971, pourvoi n° 69-12.180 ; *Bull. civ. III, n° 38* ; *RTD civ.* 1971, p. 839, obs. Y. Loussouarn ----------93

Civ. 3ème, 21 février 2001, pourvoi n° 98-20.817 ; *Bull. civ. III*, n° 20 ; D., 2001, p. 2702, note D. MAZEAUD; JCP G, 2002, II, 10027, note CH. JAMIN; JCP E, 2002, p. 764, note P. CHAUVEL ---------- 103

Civ. 3ème, 26 janvier 2011, pourvoi n° 09-71.836 ; *Bull. civ. III*, n° 14 ----------63

Civ. 3ème, 6 novembre 1970, pourvoi n° 69-11.665 ; *Bull. civ. III*, n° 587 ; *JCP G*, 1971, II, 16962, note J. GHESTIN ----------90

Chambre commerciale

Com., 11 octobre 2011, pourvoi n° 10-14.359 ; *Bull. civ. IV*, n° 156.....144

Com., 12 avril 1988, pourvoi n° 87-11.199 ; *Bull. civ. IV*, n° 130 69

Com., 12 mars 2002, pourvoi n° 99-17.004, Inédit 81

Com., 13 février 2007, pourvoi n° 04-16.520, Inédit 103

Com., 13 juillet 2010, pourvois n^{os} 09-15.304 et 09-66.970 ; *Bull. civ. IV*, n° 127.....384

Com., 21 septembre 2010, pourvoi n° 09-16.373, Inédit.....81

Com., 24 septembre 2002, pourvoi n° 00-21.162, Inédit.....81

Com., 27 mars 2007 , pourvoi n° 06-10.452, Inédit ; *D.*, 2007, p. 2970, obs. S. AMRANI-MEKKI ; *JCP G*, 2007, II, 10119, obs. SERINET Y.-M.; *RDC*, 2008, p. 231, obs. D. MAZEAUD 143

Com., 28 juin 2005, pourvoi n° 02-18.646, Inédit.....81

Com., 29 novembre 2011, pourvoi n° 10-27.402, *à paraître au bulletin* 275

Com., 9 juin 2009, pourvoi n° 08-11.420, Inédit ; *RTD civ.*, 2009, p. 1345, obs. D. MAZEAUD 143

Com., 9 octobre 2007, pourvoi n° 05-17.728, Inédit 81

Chambre criminelle

Crim., 10 octobre 1996, pourvoi n° 95-80.226 ; *Bull. crim.*, n° 358 432

Crim., 12 décembre 2000, pourvoi n° 00-81.493, Inédit 438

Crim., 15 décembre 2009, pourvoi n° 09-83.059 ; *Bull. crim.*, n° 212 ; *AJ pénal*, 2010, p. 73, note N. ERESEO et J. LASSERRE CAPDEVILE ; *D.*, 2010, p. 203, obs. X. DELPECH ; *Dr. pén.*, 2010, comm. n° 41, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC*, 2010, p. 146, note C. AMBROISE-CASTEROT 277

Crim., 16 novembre 2010, pourvoi n° 10-80.749, Inédit.....373

Crim., 17 décembre 1997, pourvoi n° 96-86.164 ; *Bull. crim.*, n° 433 ; *RTD com.*, 1998, p. 698, obs. BOULOC B.....290

Crim., 18 février 1998, pourvoi n° 96-85-786, Inédit.....435

Crim., 1er avril 2008, pourvoi n° 06-88.948 ; *Bull. crim.*, n° 37.....436

Crim., 1er février 1990, pourvoi n° 98-80.673 ; *Bull. crim.*, n° 56 359

Crim., 20 juillet 2011, pourvoi n° 10-85.572, Inédit 279

Crim., 20 novembre 2002, pourvoi n° 02-80.528, Inédit.....435

Crim., 22 août 1990, pourvoi n° 86-92.614 ; *Bull. crim.*, n° 306 .....429, 435

Crim., 22 février 2011, pourvoi n° 10-80.721, Inédit.....90

Crim., 23 janvier 1992, pourvoi n° 98-82.111 ; *Bull. crim.*, n° 24 442

Crim., 23 janvier 2001, pourvoi n° 00-82.000 ; *Bull. crim.*, n° 19 ; *Dr. Pén.*, 2001, comm. n° 89, obs. J.-H. ROBERT ; *RTD com.*, 2001, p. 791, obs. B. BOULOC.....290

Crim., 23 mars 1994, pourvoi n° 89-84.646, Inédit.....442

Crim., 24 juin 1997, pourvoi n° 96-82.424 ; *Bull. crim.*, n° 251.....436

Crim., 24 novembre 1993, pourvoi n° 92-85.411, Inédit.....435

Crim., 3 mai 2006, pourvoi n° 05-85.715 ; *Bull. crim.*, n° 116 ; *RSC*, 2007, p. 99, note C. AMBROISE-CASTEROT 434

Crim., 30 janvier 1995, pourvoi n° 93-81.730 ; *Bull. crim.*, n° 37 436

Crim., 6 juillet 1994, pourvoi n° 93-83.894 ; *Bull. crim.*, n° 267.....436

Crim., 6 septembre 2005, pourvoi n° 04-86.919 ; *Bull. crim.*, n° 217.....273

Crim., 7 novembre 2006, pourvoi n° 06-80.318 ; *Bull. crim.*, n° 274 273

Crim., 8 avril 1999, pourvoi n° 98-84.539, Inédit 431

Crim., 9 février 1994, pourvoi n° 92-86.338, Inédit.....434

Chambre mixte

Ch. mixte, 6 septembre 2002, (2 arrêts), pourvois nos 97-14.397 et 98-22.981 ; *Bull. mixte*, n° 5 et 6 ; *CCC* 2002, n° 151, note G. RAYMOND ; *D.*, 2002, p. 2963, note D. MAZEAUD ; *Defrénois*, 2002, p. 1608, obs. E. SAVAUX ; *Gaz. Pal*, 2002, p. 1725, concl. de GOUTTES ; *JCP E*, 2002, p. 1687, note G. VINEY ; *JCP G*, 2002, II, 10173, note REIFEGERSTE ; *LPA*, 24 oct. 2002, note D. HOUTCIEFF---------- 337

Avis

Cass, avis, 10 juillet 2006, pourvoi n° 06-00.0006 ; *Bull. civ. avis*, n° 6 .....180, 326

Cass, avis, 4 octobre 1996, pourvoi n° 09-60.005 ; *Bull. civ. avis*, n° 7.....314

Conseil d'Etat

CE, 3 décembre 1980, req. n° 12814 ; *JCP G*, 1981, II, 19502, concl. M.-D. HAGELSTEEN ; *D.*, 1981, p. 228, note Ch. LARROUMET ---------- 161, 171

Conseil constitutionnel

Cons. Const., 11 octobre 1984, DC n° 84-181 ---------- 359

Cons. const., 13 janvier 2011, déc. n° 2010-85-QPC ; *CCC*, 2011, étude n° 5, J.-L. FOURGOUX ; *D.*, 2011, p. 415, note Y. PICOD ; *JCP E*, 2011, p. 1136, note D. MAINGUY ---------- 175

Cons. Const., 20 janvier 1981, DC n° 80-127---------- 359

Cons. Const., 21 avril 2005, DC n° 2005-512---------- 360

Commission des clauses abusives

CCA, Recomm. n° 82-01 concernant les contrats proposés par les transporteurs terrestres de marchandises et les commissionnaires de transport ---------- 161

CCA, 21 juin 2007, avis n° 07-02 relatif à un contrat de téléphonie mobile ---------- 181

CCA, 26 novembre 1980, Recomm. n° 80-05/A concernant les contrats d'achat d'objets d'ameublement ---------- 161

CCA, 27 mai 2004, avis n^{os} 04-02 et 04-03 relatifs à des contrats de compte permanent ---------- 180

CCA, 4 novembre 1985, Recomm. n° 85-03 concernant les contrats proposés par les établissements hébergeant des personnes âgées ---------- 177

CCA, avis n^{os} 04-02 et 04-03 du 27 mai 2004 ---------- 325

CCA, Recomm. de synthèse n° 91-02 relative à certaines clauses insérées dans les contrats conclus entre professionnels et non-professionnels ou consommateurs ----- 161

CCA, Recomm. n° 87-02 concernant les contrats proposés par les agences matrimoniales ---------- 161

Cour de justice de l'Union européenne

– CJCE, 4 juin 2009, aff. n° C-243/08, *Pannon* ; *D.*, 2009, p. 2312, note G. POISSONNIER ; *D.* 2010, Pan., p. 797, obs. E. POILLOT ; *Gaz. Pal.*, 2010, p. 421, obs. S. PIEDELIÈVRE ; *JCP G*, 2009, p. 33, note G. PAISANT ; *RTD com.*, 2009, p. 794, obs. D. LEGEAIS--- 224

Civ. 1ère, 12 juillet 2012, pourvoi n° 11-18.807, *Bull. civ. I*---------- 384

CJCE, 12 septembre 2000, Aff. Geoffroy et Casino France SNC n° C-366/98 ; *D.*, 2001, p. 1458, note PONTIER J.-M. ---------- 194

CJCE, 21 novembre 2002, aff. n° C-473/00, Cofidis SA contre Jean-Louis Fredout ; *CCC*, 2003, p. 29, comm. G. RAYMOND ; *D.*, 2003, p. 486, note C. NOURISSAT ; *JCP G.*, 2003, note G. PAISANT ; *RTD com.*, p. 410, obs. M. LUBY ---------- 201, 224

CJCE, 22 avril 1999, aff. C-423/97, *Travel Vac* ; *JCP G*, 2000, I, 218, note L. BERNARDEAU ; *RTD com.*, 1999, p. 995 ; obs. M. LUBY ---------- 126

CJCE, 27 juin 2000, aff. n^{os} C-240/98 à C-244/98, *Oceano Grupo Editorial et Salvat Editores* ; *JCP E*, 2001, p. 1281, note M. CARBALLO-FIDALGO et G. PAISANT ; *LPA*, 24 juill. 2001, note HOURDEAU ; RTD civ., 2001, p. 878, obs. J. MESTRE et B. FAGES ; *RTD com.*, 2001, p. 291, obs. M. LUBY ---------- 224

CJCE, arrêt du 11 juillet 2002, Aff. C-96/00 Gabriel ; *JCP G*, 2003, II, 10055, note H. CLARET ; *LPA*, 30 octobre 2003, n° 217, obs. C. L.; *RTD com.*, 2003, p. 206, obs. MARMISSE A. ---------- 335

CJCE, arrêt du 23 avril 2009, aff. Jointes C-261/07, VTB-VAB NV et C-299-07, Galetea BVBA ---------- 382, 384

CJUE, 11 mars 2012, aff. n° C-522/08, *Telekomunikacja* ---------- 384

CJUE, 14 janvier 2012, C-304/08, *Plus Warenhandelsgesellschaft*---------- 384

CJUE, 14 juin 2012, aff. n° C-618/10, *Banco Español de Crédito*---------- 188, 220

CJUE, 15 décembre 2011, aff. n° C-126/11, *INNO*---------- 384

CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič*----------65

CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; *JCP G*, 2010, p. 1172, note G. PAISANT ; *RTD com.*, 2012, p. 386, note D. LEGEAIS. ----------65

CJUE, 15 mars 2012, aff. n° C-453/10, *Pereničová et Perenič* ; *JCP G*, 2012, p. 1171, obs. G. PAISANT ; *RTD com.*, 2012, p. 386, obs. D. LEGEAIS ---------- 191, 221

CJUE, 1ère ch., 26 avril 2012, aff. n° C-472/10, *Invitel* ---------- 179

CJUE, 26 avril 2012, aff. C-472/10, *N. Fogyastóvédelmi Hatósác* c/ *I. Távközlési Zrt* ; *JCP G*, 2012, p. 840, note G. PAISANT ---------- 228

CJUE, 30 juin 2011, aff. n° C6288/10, *Wamo*---------- 384

CJUE, 4ème ch., 15 avril 2010, aff. C-511/08, *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH* ; *D.*, 2010, p. 2132---------- 126

CJUE, 9 novembre 2010, aff. n° C-540/08, *Mediaprint* ---------- 384

CJUE, arrêt Plus Warenhandelsgesellschaft du 14 janvier 2010, Aff. n° C-304/08 ----- 341

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, arrêt A.P., M.P. et T.P. c/ Suisse du 29 août 1997 ---------- 244, 246

CEDH, arrêt Bendenoun c/ France du 24 février 1984---------- 244

CEDH, arrêt Engel et autres c/ Pays-Bas du 8 juin 1976 ---------- 245

CEDH, arrêt Escoubet c/ Belgique du 28 octobre 1999---------- 245

CEDH, arrêt Ezeh et Connors c/ Royaume-Uni du 9 octobre 2003 ---------- 246

CEDH, arrêt Jamil c/ France du 8 juin 1995---------- 246

CEDH, arrêt Janosevic c/ Suède du 23 juillet 2002---------- 246

CEDH, arrêt Jussila c/ Finlande du 23 novembre 2006 ---------- 244, 245

CEDH, arrêt Lauko c/ Autriche du 2 septembre 1998---------- 246

CEDH, arrêt Malige c/ France du 23 septembre 1998---------- 244

CEDH, arrêt Malige c/ France, 23 septembre 1998 ; *JCP G*, 1999, II, 10086, note SUDRE F---------- 246

CEDH, arrêt Öztürk c/ Allemagne du 21 février 1984---------- 246

CEDH, arrêt Welch c/ Royaume-Uni du 9 février 1995---------- 246

CEDH, arrêt X c/ France du 27 septembre 1995---------- 246

Cour EDH, arrêt du 25 mai 1993, *Kokinakis c. Grèce* ; *Gaz. Pal.*, 2002, n° 37, p. 12, note A. GARAY---------- 359, 360

Table des matières

Sommaire 11

Liste des abréviations 13

Introduction 15

Partie 1. L'efficacité de la fonction réparatrice des sanctions dans les contrats de consommation 53

Titre 1. La réparation de l'inutilité du contrat de consommation 55

Chapitre 1. L'inefficacité des fondements actuels de la nullité du contrat de consommation 59

Section 1. Les excès de la nullité de droit fondée sur la seule violation des dispositions consuméristes 61

§1. Le régime des nullités de droit 62

A. Le domaine des nullités de droit 62

1. Des nullités textuelles éparses 62

2. La généralisation des nullités de droit par la jurisprudence 67

a. En l'absence de sanction civile spéciale 67

b. En présence d'une sanction civile spéciale 73

B. La nature des nullités de droit 77

§2. Les obstacles à l'efficacité de la fonction réparatrice des nullités de droit 84

Section 2. Les carences de la théorie des vices du consentement 87

§1. L'élargissement des comportements sanctionnés par le dol et la violence 88

A. Les comportements sanctionnés sur le fondement du dol 88

B. Les comportements sanctionnés sur le fondement de la violence 94

§2. La définition étroite du caractère déterminant du dol et de la violence 101

Chapitre 2. La restauration de l'efficacité de la fonction réparatrice de la nullité des contrats de consommation 107

Section 1. La redéfinition des conditions de la nullité des contrats de consommation ... 108

§1. Une appréhension large des comportements sanctionnés 108

A. La violation d'une disposition consumériste 110

B. Un comportement non intentionnel 112

§2. L'inutilité du contrat de consommation provoquée par le comportement fautif du professionnel 115

Section 2. L'adaptation des conditions de mise en œuvre de l'anéantissement du contrat de consommation 120

§1. Le rejet de la généralisation de la faculté de rétractation 121

§2. L'annulation extrajudiciaire du contrat à l'initiative du consommateur 127

Titre 2. La réparation de l'injustice du contrat de consommation 135

Chapitre 1. Les sanctions tendant à assurer l'équivalence des obligations essentielles des parties 137

Section 1. Le problème de la lésion dans les contrats de consommation 138

§1. L'absence d'une sanction générale de la lésion dans les contrats de consommation 138

A. La place limitée de la lésion dans les contrats de consommation 139

1. L'absence de sanction de la lésion aux bénéfices du consommateur 139

2. Le contrôle ponctuel de la lésion dans les contrats de consommation 141
a. La sanction de la lésion par des dispositions non consuméristes 141
b. La sanction de la lésion par les dispositions consuméristes 143
α. La sanction de l'usure 144
β. Le contrôle de la lésion sur le fondement de la législation relative aux clauses abusives 145
B. La question de l'opportunité de l'admission d'un contrôle de la lésion dans les contrats de consommation 149
1. Les dangers de l'admission générale de sanction de la lésion objective 150
2. L'inutilité de l'admission générale de la sanction de la lésion subjective 151
§2. La souplesse de l'indemnisation, sanction indirecte du déséquilibre en valeur du contrat de consommation 152
Section 2. L'intégration des documents publicitaires dans le champ contractuel 153

Chapitre 2. Les sanctions tendant à assurer l'équilibre des droits et obligations « accessoires » des parties 155
Section 1. L'adhésion du consommateur aux conditions générales du contrat de consommation 158
Section 2. Les sanctions des illicéités affectant les conditions accessoires des contrats de consommation 166
§1. La diversité des sanctions des illicéités affectant les clauses des contrats de consommation 168
A. La sanction des clauses abusives 169
1. La notion de clause abusive 170
a. La détermination réglementaire des clauses abusives 171
b. La détermination judiciaire des clauses abusives 174
α. Les clauses créant un déséquilibre significatif entre les droits et les obligations des parties 175
β. Les clauses dont le déséquilibre significatif résulte d'une autre illicéité 180
2. La sanction des clauses abusives : la clause réputée non écrite 184
a. La nature de la sanction 184
b. Les effets de la sanction 188
B. Les sanctions des autres illicéités 192
1. Les sanctions des clauses illisibles ou incompréhensibles 193
2. Les clauses contraires à une disposition impérative encadrant le contenu du contrat 196
§2. Le traitement des hypothèses de concours de sanctions 199
A. L'articulation des sanctions des clauses illicites dans les contrats de consommation 200
1. Le cumul des fondements 200
2. Le cumul des sanctions 204
B. L'articulation des sanctions des clauses illicites avec l'interprétation des contrats de consommation 207
1. L'interprétation en faveur du consommateur 207
2. L'articulation de l'interprétation *in favorem* avec les sanctions des autres illicéités 212
Section 3. L'appréciation de l'efficacité réparatrice des sanctions des illicéités des conditions accessoires des contrats de consommation 213
§1. Les conditions de l'efficacité réparatrice de la sanction dans le cadre d'un rapport individuel de consommation 214
A. La simplification nécessaire des sanctions 215

1. La pertinence de la nullité des clauses illicites 215
2. L'articulation de la nullité de la clause illicite avec l'interprétation du contrat 221
B. L'élargissement opportun des pouvoirs du juge 223
§2. Les effets réparateurs de l'action en cessation exercée par les associations de consommateurs 225
A. Les particularités de l'action 226
B. Les effets potentiellement réparateurs de l'action sur les contrats de consommation 227

Partie 2. L'efficacité de la fonction dissuasive des sanctions dans les contrats de consommation 233

Titre 1. La dissuasion, fonction principale des sanctions consuméristes 237

Chapitre 1. La peine, sanction naturellement dissuasive 239
Section 1. La dissuasion, fonction intrinsèque de la peine 242
§1. La notion de peine dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme 243
§2. La notion de peine privée 246
Section 2. Les conditions de mise en œuvre de la sanction, révélateur de l'existence d'une peine 252
§1. La faute, condition suffisante de la peine 253
§2. Les rapports spécifiques de la peine au dommage et au préjudice 257
A. Un comportement dommageable, fondement de la peine 258
B. L'indépendance de la peine à l'existence d'un préjudice 261

Chapitre 2. La prépondérance des peines dans les sanctions consuméristes 265
Section 1. Le recours massif aux incriminations pénales 266
§1. L'incrimination, moyen de définition de la protection consumériste 267
A. La protection du consentement du consommateur 268
1. L'incrimination des manquements aux obligations précontractuelles d'information et au formalisme informatif 268
a. Les manquements en matière d'information sur les prix 269
b. Les manquements en matière d'information sur les qualités essentielles des produits 269
2. L'incrimination des pratiques tendant à induire le consommateur en erreur . 272
a. La tromperie 272
b. Les infractions relatives aux signes de qualité 274
c. Les pratiques commerciales trompeuses 275
3. L'incrimination des pratiques tendant à susciter un consentement irréfléchi. 278
a. Les infractions en matière de loteries publicitaires 279
b. La vente « à la boule de neige » 281
c. Les infractions en matière de réduction de prix 282
d. La vente avec prime 283
4. L'incrimination des pratiques tendant à exercer une contrainte sur le consentement du consommateur 284
a. Les pratiques commerciales agressives 284
b. L'abus de l'état de faiblesse ou d'ignorance 286
c. Les envois forcés 287
d. La subordination de vente ou de prestation de service 288
B. La protection de la santé et de la sécurité des consommateurs 289
C. La protection limitée de l'équilibre contractuel 293
D. La protection de l'effectivité des droits des consommateurs 295

§2. La place du résultat dans la définition des infractions 298
A. La prépondérance des infractions formelles 299
B. La primauté de la fonction dissuasive de l'incrimination 306
Section 2. Les peines privées en droit de la consommation 307
§1. Les sanctions en matière de crédit 308
A. La déchéance du droit aux intérêts 309
1. Le champ d'application de la sanction 309
2. Le régime de la de la déchéance du droit aux intérêts 315
a. L'étendue des intérêts déchus 315
b. Le régime des intérêts déchus 318
3. La déchéance du droit aux intérêts : une peine privée 320
B. La sanction de la clause dite de « double montant » 323
1. Le cumul possible des sanctions applicables 325
2. La forclusion de l'emprunteur, effet de la suppression de la clause abusive . 328
C. La sanction mesurée de l'usure 330
§2. La sanction civile des loteries publicitaires 332
A. Le fondement de la sanction civile des loteries publicitaires 332
1. Les fluctuations du fondement retenu jusqu'en 2002 333
2. Le choix du quasi-contrat depuis 2002 336
B. Les conditions actuelles de la sanction civile des loteries publicitaires 339
1. L'indépendance de la sanction avec l'existence d'une infraction pénale 339
2. L'absence de mise en évidence de l'aléa 341
C. La sanction civile des loteries publicitaires : une peine privée 345
§3. Le caractère de peine des nullités de droit fondées sur la seule violation de dispositions consuméristes 347

Titre 2. Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions consuméristes 353

Chapitre 1. Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions pénales 357
Section 1. Des incriminations claires et précises 358
§1. Les insuffisances dans la définition des comportements prohibés et des sanctions encourues 360
A. La définition imprécise et complexe des comportements prohibés et des sanctions encourues 361
1. L'imprécision et l'incohérence des textes 361
2. La complexité des incriminations par renvoi et des pénalités par référence .. 364
a. L'étendue des incriminations par renvoi et des pénalités par référence ... 365
b. Les difficultés posées par ces méthodes d'incrimination 367
α. La détermination incertaine de la responsabilité pénale 368
β. La détermination des peines encourues 369
B. La multiplication des concours de qualifications pénales 374
1. Les hypothèses de concours idéal d'infractions 375
2. L'application complexe des solutions gouvernant le concours idéal d'infractions 379
§2. La refonte nécessaire du droit pénal de la consommation 380
A. Les contraintes issues du droit communautaire 381
B. Des incriminations recentrées sur les pratiques commerciales déloyales 386
Section 2. L'adéquation des sanctions à l'effet dissuasif recherché 389
§1. L'atteinte au patrimoine du professionnel 390
§2. L'atteinte à la réputation du professionnel 395

Chapitre 2. Les conditions de l'efficacité dissuasive des sanctions civiles 397
Section 1. L'inefficacité dissuasive d'une approche individuelle de la sanction civile .. 398

§1. La faiblesse de la dissuasion exercée par les sanctions principalement réparatrices398
§2. L'inadaptation des peines privées prononcées au profit d'un consommateur isolé400
A. L'engouement actuel pour les dommages et intérêts punitifs....401
1. L'influence des exemples étrangers....401
2. Les propositions françaises....406
B. L'inefficacité dissuasive des dommages et intérêts punitifs dans le cadre d'une approche individuelle de la sanction....410
Section 2. L'efficacité dissuasive d'une approche collective de la sanction civile....412
§1. L'action collective....414
A. L'échec de l'action en représentation conjointe....415
B. Vers l'introduction d'une action collective en droit français....420
1. La pertinence politique de l'action de groupe en droit français....421
2. La compatibilité de l'action de groupe avec le système juridique français....425
§2. La sanction prononcée au nom de l'intérêt collectif des consommateurs...427
A. Les conditions des sanctions prononcées dans l'intérêt collectif des consommateurs....431
1. La lésion de l'intérêt collectif des consommateurs....431
2. Les sanctions prononcées....437
B. La mise en œuvre de l'action d'intérêt collectif....441
1. La limitation opportune de la qualité à agir....441
2. La limitation inopportune de la recevabilité de l'action....443

Conclusion générale....447

Annexe : Sanctions pénales en matière de pratiques commerciales interdites ou règlementées par le Code de la consommation....459

Bibliographie....487

Table des décisions citées....517

Table des matières....531

Résumé. La seconde moitié du XX^{ème} siècle a été marquée par l'avènement de la société de consommation et, corrélativement, par l'apparition d'un droit nouveau dont l'objectif est de protéger les consommateurs : le droit de la consommation. Il se définit par sa finalité comme l'ensemble des règles dont l'objet est de protéger les intérêts des consommateurs et s'applique essentiellement dans les contrats de consommation. Aucun régime général de la sanction de la violation des dispositions consuméristes n'a été organisé par le législateur. Les sanctions prévues sont majoritairement des sanctions pénales, les sanctions civiles sont alors celles du droit commun des contrats.

A partir du droit positif, l'étude cherche à construire un régime spécial de la sanction, commun à tous les contrats de consommation. L'étude est orientée vers la recherche de sanctions efficaces, qui permettent de renforcer l'effectivité de la règle de droit et la protection des consommateurs. Elle distingue nécessairement l'analyse de l'efficacité de la fonction réparatrice de la sanction, qui est conditionnée par la prise en compte de la situation de la victime du comportement sanctionné, et l'analyse de l'efficacité de la fonction dissuasive de la sanction qui est conditionnée par la prise en compte de la situation de l'auteur du comportement sanctionné.

Mots-clefs. Droit de la consommation, droit pénal de la consommation, protection des consommateurs, contrats de consommation, nullité du contrat, clauses abusives, lésion, interprétation des contrats, sanctions, sanctions pénales, sanctions civiles, peine privée, pratiques commerciales déloyales.

Summary. *The second half of the 20th century has been marked by the emergence of consumer society and correspondingly by the evolution of a new area of law: consumer law. This field of law can be defined as a body of rules aiming at protecting the interests of consumers and which is essentially applied in the context of consumer contracts. The legislator has not established a general system of sanctions for the violation of consumer law provisions. The sanctions are mostly criminal in nature, while the civil sanctions are those provided for by general contract law.*

On the basis of the existing rules this thesis aims to establish a specific system of sanctions common to all consumer contracts. The thesis is governed by the search for adequate sanctions which would increase the effectiveness of the legal rules as well as the effectiveness of the protection of consumers. The effectiveness of the reparative function of the sanctions is analysed separately from the effectiveness of their deterrent function. This distinction is necessary, since the reparative function of sanctions is determined by the situation of the victim of the violation of the rules, whereas the deterrent function of sanctions takes into account the situation of the person responsible for the violation.

Keywords. *Consumer law, criminal consumer law, protection of consumers, consumer contract, nullity of contracts, abusive clauses, prejudice (resulting from a contractual imbalance), contract interpretation, sanctions, criminal sanctions, civil sanctions, remedies, unfair commercial practices.*