

Université Panthéon-Assas

École doctorale de droit privé



Thèse de doctorat en droit privé

soutenue le 9 juillet 2020

La sanction pécuniaire civile

Nathan ALLIX

Directeur de thèse : **Monsieur Laurent LEVENEUR**
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Membres du jury : **Madame Mireille BACACHE**
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Monsieur Guillaume BEAUSSONIE
Professeur à l'Université Toulouse 1 Capitole

Madame Martine BÉHAR-TOUCHAIS
Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

Madame Cécile CHAINAIS
Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Bien que les cinq dernières années aient été pour moi le théâtre de difficultés nouvelles, elles furent surtout l'occasion d'innombrables moments de joie et de bonheur. Le travail de thèse n'aurait pas été le même sans la rencontre ou le soutien de personnes auxquelles je souhaite adresser mes plus profonds remerciements, notamment :

Au Professeur Laurent Leveneur, pour ses enseignements, sa patience et sa bienveillance, des séminaires de droit des obligations durant l'année de master II à la fin de la rédaction de ce travail ;

À Eva, pour tout ;

À ma mère qui m'a appris l'importance de la douceur et de l'empathie mais aussi de l'effort et de la rigueur morale. À mon père, à qui je dois tant, et qui est responsable d'une part si importante de mes goûts, aussi discutables soient-ils ;

À Antoine T., Charlotte, Guygonne, Jean-Baptiste, Maxime B. et Maxime C., pour leurs relectures d'un document qui pouvait être parfois aride, mais aussi pour leurs conseils et leur soutien ;

À Thomas, Rémi, Laurène, Flora, Pierre, Antoine P. et Étienne, pour leur amitié indéfectible depuis tant d'années ;

À tous ceux qui, au laboratoire de droit civil, dans des équipes de travaux dirigés, ou plus généralement au Panthéon, ont rendu le poids de la thèse un peu plus facile à porter.

Principales abréviations

ACPR	Autorité de contrôle prudentiel et de résolution
AMF	Autorité des marchés financiers
al.	alinéa
<i>ali.</i>	autres
APD	<i>Archives de philosophie du droit</i>
art.	article
art. préc.	article précité
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambre criminelle
C. ass.	Code des assurances
C. civ.	Code civil
C. com.	Code de commerce
C. conso	Code de la consommation
C. envir.	Code de l'environnement
<i>Cf.</i>	<i>confer</i>
CP	Code pénal
CPI	Code de la propriété intellectuelle
C. rur.	Code rural et de la pêche maritime
C. trav.	Code du travail
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass.	Cour de cassation
CC	Conseil constitutionnel
CCC	Contrats concurrence consommation
CCH	Code de la construction et de l'habitation
CE	Conseil d'État
CE Ass	Conseil d'État statuant en assemblée du contentieux
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CGI	Code général des impôts
chron.	chronique
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CJCE	Cour de justice des communautés européennes
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne
CMF	Code monétaire et financier
coll.	collection
Com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
CPC	Code de procédure civile

CPCE	Code des procédures civiles d'exécution
CPP	Code de procédure pénale
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>
Décr.	Décret
dir.	Sous la direction de
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et patrimoine</i>
éd.	édition
<i>GAJC</i>	<i>Les grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
<i>GP</i>	<i>Gazette du palais</i>
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>J-Cl.</i>	<i>Encyclopédies JurisClasseur</i>
<i>JCP</i>	<i>JurisClasseur périodique (Semaine juridique)</i>
L.	Loi
<i>Lebon</i>	Recueil des décisions du Conseil d'État, statuant en contentieux
<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i>
<i>LPA</i>	<i>Les petites affiches</i>
LPF	Livre des procédures fiscales
Mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
not.	notamment
note	note de bas de page
obs.	observation
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
Ord.	Ordonnance
p.	page(s)
préc.	précité
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité
<i>RCA</i>	<i>Responsabilité civile et assurances</i>
<i>RDC</i>	<i>Revue des contrats</i>
<i>RDI</i>	<i>Revue de droit immobilier</i>
Req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation
<i>Rev. sociétés</i>	<i>Revue des sociétés</i>
<i>RJC</i>	<i>Revue de Jurisprudence Commerciale</i>
<i>RLDC</i>	<i>Revue Lamy droit civil</i>
<i>RLDA</i>	<i>Revue Lamy droit des affaires</i>
<i>RDA</i>	<i>Revue de droit d'Assas</i>
<i>RSC</i>	<i>Revue de science criminelle et de droit pénal comparé</i>
<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
<i>RTD com.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial</i>
<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>

<i>RTDI</i>	<i>Revue trimestrielle de droit immobilier</i>
s.	et suivant(e)s
Soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
spéc.	spécialement
t.	tome
TC	Tribunal de commerce
TGI	Tribunal de grande instance
TI	Tribunal d'instance
th.	thèse
trad.	traduction
v.	voir
vol.	volume

SOMMAIRE

PREMIÈRE PARTIE

LA COHÉRENCE DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES

TITRE I : LA COHÉRENCE NOTIONNELLE DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES

Chapitre I : *Le caractère artificiel du rattachement au droit civil des sanctions pécuniaires civiles publiques : étude de l'amende civile*

Chapitre II : *La disparité des peines pécuniaires privées*

TITRE II : LA COHÉRENCE DU RECOURS AUX SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES

Chapitre I : *L'insuffisance des sanctions existantes*

Chapitre II : *Des alternatives limitées*

DEUXIÈME PARTIE

LE RÉGIME DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES

TITRE I : L'ENCADREMENT SUPRALÉGISLATIF DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES

Chapitre I : *Les principes directeurs du droit pénal et les sanctions pécuniaires civiles*

Chapitre II : *La mise en œuvre des principes limitant le recours aux sanctions pécuniaires civiles*

TITRE II : LE RÉGIME GÉNÉRAL DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES

Chapitre I : *L'introduction de l'action conduisant au prononcé des sanctions pécuniaires civiles*

Chapitre II : *L'application des sanctions pécuniaires civiles*

Introduction

*« Il y a tant de subtilités dans lesquelles la justice se perd !
Elle finit par découvrir un crime là où il n'y a jamais rien eu ».*

F. Kafka, *Le procès*, 1925

1. Par certains aspects, l'étude des sanctions pécuniaires civiles place celui qui s'y essaie face à des contradictions qui, sans atteindre l'absurde des œuvres kafkaïennes, ne peuvent laisser indifférent. Au risque de mettre à mal la structure du système juridique français et de contredire certaines garanties fondamentales des intérêts et droits des justiciables, un véritable mouvement de fond tend à faire de l'effectivité, de l'efficacité ou de l'efficience des règles juridiques la préoccupation centrale de pans entiers du Droit¹. Les sanctions, dès lors qu'elles constituent la technique la plus évidente pour assurer le respect d'une règle de droit², se trouvent par effet d'entraînement propulsées au centre de l'attention.

Ce mouvement a produit un effet considérable en droit administratif. La multiplication des sanctions administratives, spécialement dans des domaines techniques et économiques, s'explique en grande partie par les difficultés de mise en

¹ Voir par exemple : B. Lasserre, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », *RLC* 2010/24, p. 74, II-A ; V. Lasserre-Kiesov, « La promotion des sanctions en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007.2116. Alors que l'effectivité correspond à la mise en œuvre concrète d'une règle ou d'une sanction, à la « propriété qu'aurait une règle de produire des effets dans la réalité empirique » (Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privée », t. 419, Paris, 2004, n° 8), l'efficacité ou l'efficience correspond à la faculté d'une règle, ou d'une sanction, à produire l'effet attendu : Ph. Conte, « "Effectivité", "inefficacité", "sous-efficacité", "surefficacité"... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 125, spéc. p. 128.

² L.-A. Barrière, « Propos introductifs », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, Paris, 2007 ; F. Drummond, « Les sanctions en droit des marchés financiers. La sanction, instrument de régulation des marchés », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. 451, n° 21 ; E. Claudel, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *op. cit.*, p. 425, n° 1 ; J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé*, Travaux et mémoires de l'Université de Lille, Bibliothèque universitaire, Lille, 1946, n° 1 ; J. Carbonnier, *Sociologie juridique*, Paris, Quadrige/PUF, Paris, 1994, p. 325 et s., spéc. p. 326 : « Il faut se rendre à l'évidence : c'est le *jus gladii* qui définit le mieux le juridique, non pas l'usage actuel du glaive mais la vocation théorique à en user » ; P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, Paris, 2^{ème} éd. 1951, n° 5 ; F. Géný, *Ultima verba*, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1951 ; G. Ripert, *Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 1955, p. 77.

œuvre du droit pénal en ces domaines³. Loin de se cantonner à la matière administrative, cette tendance marque incontestablement le droit civil. La recherche d'effectivité du droit est manifestement un des fondements d'une modification majeure de la procédure civile, particulièrement en matière de responsabilité civile, à travers la consécration des actions de groupe⁴. À s'en tenir à des aspects substantiels, les manifestations d'une mise en œuvre répressive de la responsabilité civile⁵, sans nier qu'elles puissent trouver une assise historique⁶, transcrivent la poursuite de fonctions⁷ tournées vers une recherche d'effectivité de la règle dont le manquement est sanctionné⁸. D'une pratique jurisprudentielle, officieuse quoique connue, la vocation de la responsabilité civile à assurer le respect des règles de droit, autrement dit sa fonction prophylactique⁹ ou normative¹⁰, tend à s'affirmer de façon officielle. Ce mouvement, tant jurisprudentiel que doctrinal, correspond, d'une part, au souhait d'une partie de la doctrine de procéder à une revitalisation de la dimension punitive et dissuasive de la responsabilité civile¹¹, notamment dans l'idée de s'affranchir des principes qui limitent le recours à la répression pénale¹². Une telle revitalisation

³ Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Les sanctions en procédure civile*, thèse dactyl., Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, sous la dir. de G. Marcou et J. Mceldowney, soutenue le 6 déc. 2011, n° 356 ; Conseil d'État, *Rapport public 2001. Les Autorités administratives indépendantes*, La documentation française, p. 278-279. DGCCRF, *Note d'information n° 2014-149 du 6 août 2014*. Sur les problèmes d'effectivité et d'efficacité des différents types de sanctions applicables dans des domaines techniques : C. Teitgen-Colly, Th. Perroud, G. Marcou et ali, *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne, Paris, septembre 2016.

⁴ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014.450 ; F. Teitgen et B. Thouzellier (Entretien avec), « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2008/1, entretien 1.

⁵ Voir notamment : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 250, Paris, 1995 ; J.-S. Borghetti, « Punitive damages in France », in H. Koziol and V. Wilcox (eds.), *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, SpringerWienNewYork, coll. « Tort and insurance law », vol. 25, Germany, 2009 ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, Bilan prospectif, colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry les 7 et 8 décembre 2000, n° 3. Pour plus de précisions : *infra*, n° 206 et s..

⁶ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2005.

⁷ Qu'elles soient dissuasives ou punitives,

⁸ L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013.275.

⁹ Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », in *Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 669. Sur les faiblesses de la responsabilité civile « classique » à dissuader les comportements « antisociaux » : A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à M. Ancel*, t. 1, A. Pedone, Paris, 1975, p. 407.

¹⁰ Les adjectifs « prophylactique » et « normatif » ne sont certes pas parfaitement synonymes. Le premier renvoie à une fonction préventive alors que le second vise plus spécifiquement l'ensemble des mesures destinées à assurer le respect d'une règle. Au sens de la présente étude, les deux termes seront cependant tenus pour synonymes.

¹¹ Pour un panorama de ce mouvement : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, Paris, 3^{ème} éd., 2016, n° 60 et s.. Concernant les propositions sectorielles de consécration de dommages et intérêts punitifs : S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », art. préc., n° 4. Pour plus de précisions : *cf. infra*, n° 177 et s.. Sur les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile proposant le recours à des dommages et intérêts punitifs : *infra*, n° 278 et s..

¹² G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009.2944.

passerait principalement par la reconnaissance en droit français d'une notion généralement inconnue des systèmes de droit continental : les dommages et intérêts punitifs¹³. D'autre part, en droit positif, ce mouvement correspond à une multiplication des manifestations de mécanismes ouvertement punitifs au sein du droit civil, spécialement à travers un recours croissant au mécanisme de l'amende civile¹⁴. À la rencontre de ces deux tendances se trouve la proposition du projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Celui-ci envisage de consacrer, à l'article 1266-1 du Code civil, un mécanisme général d'amende civile visant à réprimer la commission de fautes réalisées délibérément en vue d'en retirer un profit. Une telle proposition paraît constituer l'aboutissement d'un recours au droit civil en vue de s'assurer qu'aucun manquement, au moins volontaire, ne reste impuni¹⁵. Alors que l'intention se veut louable, ce mouvement peut provoquer une certaine inquiétude : à force de sacrifier la subtilité à l'effectivité et à l'efficacité, le droit ne risque-t-il pas de punir alors qu'aucun comportement réellement blâmable n'a été commis, autrement dit d'inventer des crimes là où il n'y a pourtant jamais rien eu... ou si peu.

Un tel constat va à rebours de la présentation classique de la distinction entre responsabilités civile et pénale¹⁶ selon laquelle les deux responsabilités s'opposeraient par leurs finalités, leurs moyens et leurs méthodes¹⁷. À s'en tenir dans un premier temps aux questions des finalités et des moyens, alors que la responsabilité civile poursuivrait la restauration de l'équilibre illicitement brisé¹⁸ et la protection des intérêts privés, la responsabilité pénale viserait la répression des comportements prohibés et leur

¹³ Ou des mécanismes s'en rapprochant. On peut notamment souligner la proposition de Madame GRARE de consacrer une action en « réparation-expiation » à côté d'une action en « réparation-indemnisation » : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., partie II, titre II. Sur la dimension normative et répressive des frais de justice, voir par exemple : Th. Janville, « Frais et dépens », *GP* 2004/8, p. 7.

¹⁴ Cf *infra*, n° 21 et s.. Pour une prise en compte expresse et récente, par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'impératif d'efficacité de la sanction en matière d'amende civile : CEDH, *Carrefour France c. France*, 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14, § 49.

¹⁵ Au sujet de la visée prophylactique de ce mécanisme : J.-J. Urvoas, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, Discours prononcé le lundi 13 mars 2017 à l'Académie des Sciences morales et politiques.

¹⁶ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 2008, n° 71. Sur l'origine du terme responsabilité : M. Villey, « Esquisse historique sur le mot "responsable" », in *la responsabilité à travers les âges*, Economica, Paris, 1989, p. 75 et s.. Voir de façon plus générale : B. Oppetit, « Les tendances régressives en droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 317 et s.

¹⁷ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, Paris, 1947, p.379 et s.. Sur la distinction du point de vue de l'action, voir par exemple : J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 2010, n° 608.

¹⁸ Voir cependant : C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèse », Paris, 2008, *passim* ; C. Thibierge, « Libres propos sur l'évolution de la responsabilité », *RTD civ.* 1999.561 ; « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004.577

dissuasion et par là même assurerait la défense de l'ordre social¹⁹. Quant aux moyens mis en œuvre, les sanctions caractéristiques de cette branche du droit sont la privation de liberté et l'amende, sanction pécuniaire dont le produit est attribué à l'État, alors que la responsabilité civile, peut essentiellement donner lieu à une réparation en nature ou prendre la forme de dommages et intérêts, lorsqu'elle se traduit par l'attribution d'une somme d'argent. Le mouvement visant à renforcer la dimension prophylactique du droit, et spécialement de la responsabilité civile, conduit incontestablement à un estompement de ces différences²⁰. Le rapprochement de finalités semble évident²¹. Sans même s'attarder sur les développements d'un droit pénal réparateur²², l'évolution du droit civil afin de dissuader et au besoin réprimer certains comportements jugés antisociaux le rapproche des fonctions habituellement assignées au droit pénal.

Le rapprochement des moyens est plus limité, dès lors que les sanctions privatives de liberté semblent pour l'heure demeurer l'apanage du droit pénal²³. Tel n'est en revanche pas le cas des amendes, l'emploi de sanctions pécuniaires paraissant commun aux différentes branches du droit²⁴. À la croisée de la confusion des finalités et des moyens, les sanctions pécuniaires, civiles ou pénales, méritent manifestement une attention particulière.

2. L'identification incertaine de la sanction. Dans sa définition la plus répandue, le Droit, dans son sens objectif, renvoie à un « ensemble de règles de conduite socialement édictées et sanctionnées » (nous soulignons)²⁵. Sanction et Droit apparaissent intimement liés²⁶, la première étant le propre du Droit, le second étant ce

¹⁹ J.-C. Schmidt, *Faute civile et faute pénale*, thèse, Paris, 1928, préf. L. Hugueney, p. 10 ; Voir également, citant cet auteur : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 570, Paris, 2016, n° 138.

²⁰ O. Gout, « Rapport introductif. Notion et enjeux des concours de responsabilités », in *Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits*, RCA 2012, Dossier, p. 8, n° 9 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité civile*, op. cit., n° 73 et s., spéc. n° 74-5 et 74-6 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 8.

²¹ Voir sur cette question : *infra*, n° 47.

²² C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 138 et s.. Un tel développement se traduit notamment par des alternatives aux poursuites lorsque le délinquant a réparé le dommage causé (CPP, art. 41-1) ou, de façon plus visible encore, par le prononcé d'une « sanction-réparation » prévue à l'article 131-8-1 alinéa 2 du Code pénal.

²³ Voir notamment : *infra*, n° 548 et 581.

²⁴ La remarque semble d'autant plus pertinente que les manifestations les plus évidentes du renforcement prophylactique de la responsabilité civile, dommages et intérêt punitifs, officieux ou officiels, et amendes civiles, constituent des sanctions pécuniaires. Sur l'aspect transversal des sanctions pécuniaires entre les différents ordres de responsabilité : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, Thèse dactyl., sous la dir. de D. Bureau, Université Panthéon-Assas, Paris II, soutenue le 11 septembre 2006, n° 366 bis.

²⁵ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 11^{ème} éd., 2016, voir « Droit ».

²⁶ P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, loc. cit. : « Rôle de la sanction. – Il y a là un caractère original, qui distingue la règle de droit d'autres règles de

qui a reçu une sanction, dans une forme de « cercle vicieux » ou tautologie interdisant toute définition satisfaisante²⁷. Ce constat explique d'ailleurs sans doute une certaine remise en cause de la définition traditionnelle du Droit centrée sur la sanction²⁸.

Du fait des difficultés à identifier le sens du terme « sanction » en droit, plusieurs sens possibles de cette notion ont été identifiés : consécration d'une règle par l'ordre juridique, conséquences attachées à une règle, mise en œuvre de ces conséquences²⁹. C'est généralement dans le second sens, celui de « tarif », que la sanction, au sens large, est comprise³⁰. Plus précisément, la sanction correspond alors à la conséquence d'une règle de droit³¹, à une réaction³², que celle-ci soit positive ou négative. C'est en ce sens que la sanction est parfois présentée comme une « norme secondaire », placée dans la dépendance du respect, ou du non-respect, d'une norme primaire³³. Une telle spécificité se manifeste d'ailleurs fréquemment par une différence de conjugaison : alors que le devoir ou l'interdit est formulé au présent, la sanction est souvent formulée au futur³⁴. De façon plus restreinte, on peut toutefois considérer que la sanction constitue la conséquence prévue par l'ordre juridique en cas de violation d'une règle de droit, autrement dit la réponse à une illicéité, que celle-ci consiste en

discipline sociale » ; B. Mallet-Bricout, « Préface », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3*, op. cit., p. 1 ; G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2014, n° 2 et s. ; Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois* 2006/4, p. 316 et s.. Sur les difficultés soulevées par ce lien : A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990.199, n° 22 ; L. Aulagnon, « Aperçu sur la force dans la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier : Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1961, p. 29. Sur le droit comme ordre de contrainte : H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad : C. Eisenmann), Bruylant, LGDJ, Paris, 1999, p. 41 et s..

²⁷ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », *D.* 1986.197.

²⁸ Ph. Jestaz, « Définir le droit ... ou l'observer », *RTD civ.* 2017.775. Pour les difficultés soulevées par la notion de droit souple : G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, loc. cit..

²⁹ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc..

³⁰ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., voir « Sanction », 2^{ème} sens.

³¹ Ph. Jestaz, « La sanction ou l'inconnue du droit », art. préc.. À supposer que toute règle de droit puisse être formulée sous la forme « Si ..., alors ... », la sanction considérée en ce sens correspond au « alors... ». Considérant que l'auteur se détourne en réalité de ce critère pour considérer la possibilité de saisir un juge, l'« *inventus iudicii* » : A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », loc. cit.. Pour une présentation du droit sous l'angle de la sanction judiciaire : J. Rivero, « La sanction juridictionnelle et la règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 457 et s..

³² H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad : C. Eisenmann), op. cit., p. 47 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 1. Voir par exemple, sur le caractère secondaire de la responsabilité d'un point de vue chronologique : D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003, v° « Responsabilité », p. 1342. *Contra* : C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2011, n° 215 et s..

³³ G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales*, loc. cit..

³⁴ D. Rémy, *Légistique, L'art de faire les lois*, Romillat, coll. « Pratique du droit », Paris, 2004, n° 179 : « cette différence de temps est aussi une différence chronologique : la loi est permanente et générale ; la sanction est promise, au cas par cas, au contrevenant. Il y a une postériorité de la sanction par rapport à la norme » ; A. Touzain, *La consignation* Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, soutenue le 4 déc. 2018, sous la dir. de C. Brenner, note n° 50.

une remise en l'état ou une punition³⁵. Dans un sens encore plus restreint, la sanction s'identifie à la peine, à une mesure de nature répressive³⁶.

Les incertitudes entourant la définition de la sanction, considérée en elle-même, explique que celle-ci soit rarement envisagée de façon ontologique mais plutôt à travers les types de sanctions³⁷, où à travers les différentes sanctions se manifestant dans un champ juridique déterminé³⁸. La présente étude ne déroge pas à la règle, se concentrant sur un type particulier de sanctions doublement défini : par sa matérialité d'abord et par son inclusion dans un champ du droit défini.

3. L'argent et le droit. Du point de vue de leur matérialité, les sanctions objet de la présente étude se caractérisent par leur dimension pécuniaire.

Dans son sens le plus restreint, l'adjectif « pécuniaire » renvoie à ce « qui consiste en une somme d'argent »³⁹, il y a donc synonymie avec l'adjectif « monétaire ». De façon plus large, le terme correspond à tout ce qui est appréciable en argent⁴⁰, rejoignant l'idée de patrimonialité⁴¹. À s'en tenir au premier sens, l'appréhension de l'argent est infiniment plus complexe qu'il n'y paraît. Alors même que rien ne semble plus naturel que ce dernier⁴², les incertitudes qui l'entourent sont nombreuses : est-il une réalité ou une fiction ?⁴³ Quelles formes est-il susceptible de prendre ? Le droit a-t-il vocation à encadrer l'argent ou les deux institutions sont-elles étrangères l'une à l'autre⁴⁴ ? L'argent ou la monnaie sont-ils susceptibles

³⁵ C. Chainais, D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *op. cit.*, p. XI, n° 13. Les auteurs retiennent comme définition de la sanction « toute réaction du droit à la violation d'une règle juridique ». Considérant que les deux voies principales adoptées par la sanction sont la réparation et la répression : J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Paris 1985, p. 675, spéc. p. 676 ; P. Roubier, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales, loc. cit.*, II.

³⁶ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, v° « Sanction », 1^{er} sens.

³⁷ Voir par exemple : *Justice et cassation* 2005, Dossier : les sanctions ; L. Cadiet, « Sanction et procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen J. Héron*, LexisNexis, Paris, 2009, p. 125 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile, op. cit.*

³⁸ Voir par exemple : Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », art. préc. ; G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile*, thèse dactyl., Aix-Marseille sous la dir. de E. Putman, soutenue le 10 déc. 2019 ; G. Ruffieux, *Les sanctions des obligations familiales, op. cit.*

³⁹ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, voir « Pécuniaire », 1^{er} sens.

⁴⁰ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, voir « Pécuniaire », 2^{ème} sens.

⁴¹ Dans un raisonnement inverse, le doyen CARBONNIER affirmait « Qui dit patrimonial dit pécuniaire, c'est-à-dire monétaire » : J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, Quadrige manuels, Paris, 2004, n° 671.

⁴² B. Oppetit, « L'ambivalence de l'argent », in *L'argent et le droit*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1998, t. 42, p. 19 et s., spéc. p. 20.

⁴³ B. Oppetit, « L'ambivalence de l'argent », art. préc., p. 19.

⁴⁴ D. Truchet, « L'argent et la liberté », in *L'argent et le droit, op. cit.*, p. 55.

d'appropriation⁴⁵ ? La monnaie est-elle avant tout une unité de compte ou une unité de paiement ?⁴⁶ Sans nier l'intérêt de telles questions, celles-ci ne semblent pas trouver dans les « sanctions pécuniaires » un terrain d'étude privilégié. Autrement formulé, si le fait que la sanction soit pécuniaire a une incidence sur la notion de sanction, à l'inverse elle ne paraît pas de nature à avoir une influence sur la notion de monnaie.

4. La justification d'une approche restreinte des sanctions pécuniaires.

Alors que chacun des termes composant l'expression « sanction pécuniaire » sont affectés d'incertitudes, l'expression elle-même semble plus aisée à saisir. De façon schématique, quatre acceptions de celle-ci semblent possibles, selon que chacun des termes de l'expression est compris de façon large ou restrictive.

Comprises dans leur sens le plus large, les sanctions pécuniaires peuvent poursuivre plusieurs finalités. Elles sont naturellement susceptibles de jouer un rôle indemnitaire, soit que l'objet de cette indemnité trouve dans l'argent un véritable équivalent, soit que la réparation en nature se révèle impossible ou inopportune⁴⁷. Outre cet aspect indemnitaire, la condamnation à verser une somme d'argent peut aussi aisément jouer un rôle punitif. La multiplicité des possibilités que recèle en lui l'argent est, pour celui qui le détient, facteur de liberté, au moins théorique, si bien que sa privation pourra conduire à une amputation de cette liberté, et sera en tout cas ressenti

⁴⁵ R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 225, Paris, 1992, n° 173 : « le caractère approprié de la monnaie est incertain » ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, *op. cit.*, n° 696. L'auteur présente les instruments monétaires comme des meubles corporels. Outre la question de l'appropriation de la monnaie, ce dernier qualificatif est contestable (Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 572, n° 226 ; F. Lemaitre, *La monnaie comme objet de sûretés*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », t. 8, Paris, 2017, n° 50 et s., spéc. n°64 concernant la monnaie scripturale, n° 109 concernant la monnaie fiduciaire) ; F. Grua, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998.259, n° 4 : « les espèces ne semblent pas des choses dont on soit propriétaire. Elles ne sont pas des biens ». En effet, la monnaie étant la seule chose « faite uniquement pour être due », elle accèderait « à l'état d'objet de l'obligation sans avoir eu besoin de passer préalablement par l'état de bien ». (n° 5) ; Voir en sens inverse, affirmant la possibilité d'appropriation de la monnaie, au moins sous son aspect unité de paiement : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 254 : « En somme, vu les conséquences dévastatrices en droit privé que cela produirait, rien ne justifierait aujourd'hui que les juristes éradiquent toute idée d'une propriété de la monnaie. Envisagée de la sorte, la propriété de la monnaie apparaît alors comme une nécessité » ; A. Touzain, *La consignation*, *op. cit.*, n° 582 et s..

⁴⁶ Sur laquelle : R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n° 16 et s., spéc. n° 36 à 53 ; Admettant cette dualité d'unité mais y accordant une portée différente : Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 67 et s. et n° 172 et s ; P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 4, Paris, 2004, n° 170. Pour une présentation historique : P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, réédition de la 8^{ème} éd., Paris, 2003, p. 266 et s..

⁴⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 12^e éd., 2018, n° 862 et s..

comme un mal⁴⁸. Cette dernière affirmation peut d'ailleurs valoir indépendamment du but poursuivi et notamment alors même que la raison principale pour laquelle la sanction pécuniaire est infligée n'est pas de punir son destinataire, si bien que même lorsqu'elle n'est pas punitive, la sanction pécuniaire peut présenter un caractère dissuasif⁴⁹.

À l'inverse d'une telle présentation, il convient de retenir une acception restreinte, tant du terme sanction que du terme pécuniaire. Autrement dit, au sens de la présente étude, les sanctions pécuniaires constituent des mesures répressives, des peines, nécessairement prononcées et exécutées en argent, en unité monétaire.

Un tel choix peut surprendre. Devant la multiplicité des sens du mot « sanction », pourquoi une approche restreinte s'imposerait-elle ? À supposer qu'une lecture restrictive soit justifiée, on pourrait alors s'interroger sur le choix du terme « sanction » plutôt que celui de « peine ». Plusieurs éléments militent pourtant pour retenir cette conception. D'une part, partant du constat d'une évolution des sanctions civiles dans une perspective normative, une acception restrictive semble préférable. On ne saurait nier que toute responsabilité, spécialement toute responsabilité pour faute, présente un caractère prophylactique⁵⁰. La dimension normative des sanctions apparaît cependant plus sensible lorsque, se détachant d'une fonction de remise en l'état, elles adoptent une finalité répressive⁵¹. C'est alors sur les mécanismes visant à dépasser l'effet prophylactique classiquement attaché aux sanctions civiles « traditionnelles » que paraît devoir se concentrer l'attention, justifiant de retenir une conception stricte du terme « sanction »⁵². D'autre part, d'un point de vue sémantique, l'expression « sanction pécuniaire » paraît quasi-exclusivement⁵³ employée dans le sens de punition⁵⁴. En particulier, envisageant de façon générale les sanctions pécuniaires, l'article 39, 2 du Code général des impôts prévoit que les « sanctions pécuniaires et

⁴⁸ À cela il faut ajouter le caractère symbolique que peut revêtir la condamnation à une somme d'argent. Voir par exemple, sur les condamnations à un euro symbolique : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 28.

⁴⁹ On peut d'ailleurs penser que la fonction dissuasive est rattachable à toute sanction : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Paris, 2002, n° 23.

⁵⁰ Pour un développement de cette idée : *infra* : n° 212 et s..

⁵¹ *Cf infra*, n° 12.

⁵² Ne seront donc pas étudiées les sanctions présentant une fonction purement indemnitare. Une telle conception aurait, par ailleurs, impliqué de s'intéresser aux dommages et intérêts, dans leur forme classique, ce qui aurait conduit à mener une étude trop large pour pouvoir livrer une analyse véritablement approfondie.

⁵³ Voir cependant : CPP, art. D. 48-6. Cet article dispose que les sanctions pécuniaires visées à l'article 707-1 du même code consistent notamment dans l'« indemnité allouée aux victimes lorsqu'elles ne peuvent se constituer partie civile, ordonnée dans le cadre de la même décision et dans l'exercice de la compétence pénale de la juridiction ».

⁵⁴ L'expression est employée plus de 150 fois dans les textes codifiés. Voir notamment : C. com., art. L. 464-2 ; CPI, art. L. 331-32 ; CMF, art. L. 561-40, L. 621-15, L. 612-40.

pénalités » ne sont pas déductibles des bénéfiques. L'article étant inapplicable aux dommages et intérêts⁵⁵, l'expression « sanctions pécuniaires et pénalités » est à comprendre dans un sens purement répressif⁵⁶.

Ce même élément sémantique justifie de retenir une lecture restreinte du terme « pécuniaire » lorsqu'il est accolé à celui de « sanction ». Certes, la notion de « peines pécuniaires » telle qu'étudiée en droit pénal recouvre les confiscations⁵⁷, spéciales ou générales, renvoyant ainsi à une acception large du terme pécuniaire. Retenir une acception large du terme pécuniaire, dans le sens de « patrimonial », semblerait d'autant plus tentant que certains mécanismes civils classiquement envisagés comme fournissant une illustration de la dimension normative ou répressive de certaines sanctions civiles, tel le recel de communauté ou de succession⁵⁸, constituent des sanctions patrimoniales mais non nécessairement monétaires. Cette conception large sera pourtant rejetée. Au-delà de l'argument sémantique, le constat initialement dressé d'une confusion de finalités et de moyens entre certaines sanctions pénales et civiles invite à centrer la réflexion sur les hypothèses dans lesquelles la confusion est portée à son paroxysme, conduisant ainsi à limiter l'étude aux hypothèses dans lesquelles la sanction est nécessairement prononcée et exécutée en unités monétaires.

5. L'argent comme moyen de sanction. « Plaie d'argent n'est pas mortelle » affirme l'adage populaire. Dans la multiplicité des maux susceptibles de frapper une personne, être privé d'une certaine somme d'argent peut, en effet, paraître véniel en comparaison des atteintes corporelles ou même de la perte de certains biens, ne serait-ce que parce que la privation monétaire a quelque chose de réversible que toutes les souffrances n'ont pas. Quels que soient les progrès actuels de la médecine, la perte d'un membre ne saurait être effacée. Pour envisager un élément pouvant faire l'objet d'une peine en droit positif, le temps passé en prison, quand bien même il aurait profité d'une façon ou d'une autre au détenu, ne pourra pas être « rendu »⁵⁹. L'argent quant à lui peut se regagner et l'épargne peut minimiser les conséquences d'une perte

⁵⁵ Cf *infra*, n° 369.

⁵⁶ Voir également, pour un emploi général de l'expression visant exclusivement des mécanismes punitifs : CP, art. 711-3 ; C. conso, L. 541-3 ; C. trav. L. 1331-2.

⁵⁷ B. Boulloc, *Pénologie, Exécution des sanctions, Adultes et mineurs*, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd., 2005, n° 52.

⁵⁸ Cf *infra*, n° 434.

⁵⁹ Ainsi que l'évoquent les paroles d'une chanson « tout le temps qui passe ne se rattrape guère, [...] tout le temps perdu ne se rattrape plus » (M.-A. Serf, dite Barbara, « Dis, quand reviendras-tu ? »).

financière. Toutefois, si elle doit être relativisée, la souffrance qu'engendrent les plaies d'argent ne saurait être négligée.

L'argent apparaît en effet comme la condition irremplaçable de l'acquisition de certains biens voire d'accès à certaines libertés⁶⁰. Plus encore, l'argent pourrait avoir une valeur particulière en ce qu'il permettrait seul la réalisation de certaines opérations, au premier rang desquelles l'organisation des rapports économiques entre générations⁶¹. L'argent permet à l'individu de jouir d'avantages⁶² et sa privation est logiquement ressentie comme un mal, une cause de souffrance qui confère à la sanction pécuniaire son aspect dissuasif. Pour reprendre la célèbre formule du Doyen CARBONNIER « on frappe le portefeuille pour atteindre la volonté ». Le lien entre argent et peine semble même évident si l'on considère l'étymologie du mot « peine » : *poena*, qui correspondait à Rome à une sanction monétaire. Une telle présentation reviendrait toutefois à oublier que la *poena* correspondait à des compositions pécuniaires⁶³, autrement dit un rachat du « droit » de vengeance, dont la fonction ne saurait être ramenée à la seule répression de l'auteur d'un comportement⁶⁴, à une période où la distinction de l'indemnisation et de la répression n'avait pas été clairement affirmée.

6. Les débats entourant la distinction de l'indemnisation et de la répression. L'évolution qui a présidé à la distinction fonctionnelle des responsabilités civile et pénale a fait l'objet de nombreuses études⁶⁵. En dépit de l'importance des travaux doctrinaux, certains désaccords semblent demeurer. Dans une présentation classique, dite évolutionniste⁶⁶, l'humanité aurait connu quatre stades quant aux

⁶⁰ Th. Revet, « L'argent et la personne », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 141 et s., n° 7.

⁶¹ I. Ekeland, « La valeur de l'argent », in *L'argent et le droit*, op. cit., p. 25 et s., spéc. p. 26 et 27.

⁶² Y compris non patrimoniaux. Ainsi pour Marcel MAUSS, l'argent, en quantité, produit un « super-additum », un bénéfice supplémentaire, qui excède ce que produit normalement l'argent et qui touche à l'attitude des tiers : D. Terré, « Les vertus de l'argent ou la quête du spirituel », in *L'argent et le droit*, op. cit., p. 71 et s., spéc. p. 79.

⁶³ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Paris, 3^{ème} éd., 2014, n° 1 ; S. Porchy-Simon, « Brève histoire du droit de la réparation du dommage corporelle », in « État généraux du dommage corporel – Le dommage corporel conjugués à tous les temps », *GP* 2011/99, p. 9 ; V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, op. cit., p. 69, n° 2.

⁶⁴ M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, Economica, Paris, 2000, p. 5.

⁶⁵ Voir par exemple : O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 436, Paris, 2005, *passim* ; J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 607 et s. ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 6 et s. et 68 et s. ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 2 et s. ; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, loc. cit. ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 4 et s.. Sur l'évolution de la responsabilité civile depuis l'adoption du Code civil : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 2 et s..

⁶⁶ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 607.

réactions face à des actes causant un dommage à des individus ou à une communauté⁶⁷. Le premier stade, généralement assimilé aux époques primitives, correspondrait à un système de vengeance dans lequel, à un mal subi, devrait correspondre l'infliction d'un autre mal. Plus qu'un droit, la vengeance apparaissait même parfois comme un devoir : à lire l'Orestie, la loi d'Apollon imposait ainsi au plus proche parent d'une victime de meurtre d'en assurer la vengeance⁶⁸. La vengeance incontrôlée, exposant l'auteur d'une faute à la libre vindicte de la victime ou à celle de ses proches, risquait de conduire à un cercle sans fin de violence⁶⁹. Elle aurait laissé place à une vengeance encadrée, la loi du talion⁷⁰, dont les expressions les plus connues se trouvent dans le Code d'Hammurabi, loi babylonienne du XVIII^{ème} siècle avant J.-C., ou dans la Bible⁷¹. Dans un tel système, punition et réparation paraissaient totalement confondues⁷² : la vengeance constituait tant le châtement du coupable que l'« indemnisation » de la victime ou de son groupe social, fût-elle purement symbolique ou d'un ordre religieux⁷³.

7. La proto-distinction des fonctions répressive et réparatrice en droit romain. À cette phase initiale aurait succédé celle d'un système de compositions pécuniaires volontaires, puis de compositions légales tarifées⁷⁴. Ces différentes compositions sont souvent présentées comme des peines privées à la fois répressives et indemnitaires⁷⁵, correspondant à un rachat du « droit de vengeance » de la victime. Enfin, une fois l'État devenu suffisamment puissant, il aurait été en mesure de supprimer ce système de composition pour procéder lui-même à la répression à travers l'infliction de peines publiques⁷⁶.

⁶⁷ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 420 ; J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité, sixièmes journées René Savatier*, PUF, Paris, 1997, p. 3 et s., spéc. p. 7.

⁶⁸ Voir notamment Eschyle, *Choéphores*. Pour une présentation des différentes visions de la vengeance dans la Grèce antique : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 1.

⁶⁹ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 1.

⁷⁰ Du latin « talis », tel, dans un sens comparatif. La loi du talion est généralement exprimée sous la forme « œil pour œil, dent pour dent ».

⁷¹ Voir par exemple : Exode 21, 23-25. Le texte biblique apparaît par ailleurs plus restrictif que le Code de Hammurabi : Deutéronome 24, 16.

⁷² P. Jourdain, « Conclusion prospective », *RCA* 2013/5, dossier 35, n° 1 ; P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, 1982, sous la dir. de J. Foyer, n° 91. L'auteur qualifie notamment les vendettas de sanctions hybrides, à la fois répressives et restitutives.

⁷³ Sur la dimension religieuse du mécanisme : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 8.

⁷⁴ D. Deroussin, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007, p. 643. Voir également, sur l'abandon noxal : P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 722.

⁷⁵ Par exemple : P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, loc. cit..

⁷⁶ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, op. cit., p. 421 et 422.

Dans ce processus, peines publiques et privées auraient coexisté, le temps pour l'État de se développer suffisamment pour assurer directement la répression des infractions non-seulement dirigées contre lui mais aussi contre les particuliers⁷⁷. Une telle coexistence se rencontrait spécialement en droit romain. La loi des XII tables distinguait ainsi entre les délits publics, ou *crimen*, intéressant en premier lieu l'État⁷⁸ et les délits privés, ou *delicta*⁷⁹, centrés sur la lésion des intérêts particuliers⁸⁰. Les uns et les autres pouvaient originellement être réprimés par des sanctions corporelles. À s'en tenir aux sanctions pécuniaires, les délits publics donnaient lieu à des amendes attribuées à l'autorité publique alors que les délits privés étaient réprimés par une *poena*. Cette dernière, attribuée à la victime, présentait une nature essentiellement répressive, que la sanction soit fixée à un multiple de l'atteinte⁸¹ ou corresponde exactement à cette dernière⁸². La distinction des fonctions indemnitaires et répressives était pourtant loin d'être posée clairement. De façon particulièrement nette, la *lex Aquilia* fournissait alors un exemple de *poena* servant à indemniser la victime⁸³.

Aux côtés des délits, privés ou publics, la loi des XII tables avait également instauré des actions réipersécutoires, détachées de toute idée de répression⁸⁴. Cette action ne permettait pas pour autant de parvenir à une distinction fonctionnelle nette. Au-delà de la confusion de finalités en matière de peines privées, la distinction des actions réipersécutoires et « pénales » ne fut jamais achevée, la consécration d'actions mixtes ayant même conduit à brouiller cette distinction⁸⁵.

⁷⁷ *Ibid.*

⁷⁸ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 28 et s. et p. 418 et s.. Les délits publics ne concernaient toutefois pas des atteintes aux intérêts de l'État déconnectés d'intérêts individuels, le meurtre y figurant par exemple.

⁷⁹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 2 ; J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », art. préc., p. 9.

⁸⁰ P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 428 ; O. Descamps, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, *op. cit.*, p. 19 et s. ; J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 610. Au titre des délits privés, on peut notamment évoquer l'*iniuria*, délit d'atteinte à la personne issu de la loi des XII tables, le *furtum*, délit de vol, ou encore le *damnum injuria datum*, dommage injustement causé, qui résultait d'une systématisation par la loi *Aquilia*, d'actions en matière d'atteintes à certains biens créées par la loi des XII tables. Considérant toutefois que la différence était plus procédurale que de fond : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 5.

⁸¹ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *loc. cit.*

⁸² P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 425.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 3 ; A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ, Paris, 1986, n° 24 ; P. F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, *op. cit.*, p. 426 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 6.

⁸⁵ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *loc. cit.*

8. Les flux et reflux aux Haut et Bas moyen-âge. Cette proto-distinction des mécanismes indemnitaires et répressifs aurait été largement effacée par l'effondrement de l'empire romain d'occident. Aux côtés du droit romain coexistaient des « lois barbares », souvent inspirées, à partir de l'extension de l'empire⁸⁶, du droit romain. Ces lois, en particulier la « loi salique », prévoyaient un système de tarification, un rachat du droit de vengeance ou *wergeld*⁸⁷, dépendant du type de dommage, de l'intensité de celui-ci, ou encore de la catégorie sociale de la victime⁸⁸, et ne connaissaient plus de distinction entre délits privés et publics⁸⁹. Lorsque la composition était acceptée, elle donnait lieu à l'attribution d'une somme pour partie à la victime ou à sa famille, le *faidus*, pour partie au roi, le *fredus*⁹⁰, sans pour autant qu'il ne soit possible d'y voir la coexistence d'une punition et d'une indemnisation, la composition payée à la victime visant à la fois à réparer et à racheter la vengeance⁹¹. Ce système se caractérisait à la fois par son caractère objectif, détaché de l'idée de culpabilité à laquelle était en partie parvenu le droit romain⁹², ainsi que par son caractère collectif⁹³.

Tout en conservant des traits communs avec cette présentation, notamment un maintien du recours à des compositions ainsi que le caractère familial de la sanction⁹⁴, le droit du Bas moyen-âge connut des évolutions significatives. Alors que la justice entre seigneurs demeurait fondée sur une idée de vengeance médiatisée par des guerres privées ou un rachat pécuniaire du droit⁹⁵, la justice entre roturiers, ou « *rustici* », était imposée par les lois seigneuriales selon des modalités proches du système des « lois

⁸⁶ Voir toutefois, présentant les lois barbares antérieurement au droit romain : J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », art. préc., p. 7.

⁸⁷ Selon la compréhension du terme, celui-ci aurait pu soit désigner le « prix de l'homme », soit le « prix de la guerre » : J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 633.

⁸⁸ R. Dekkers, « Aspects philosophiques », in *Le corps humain et le droit*, Dalloz, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. XXVI, Paris, 1975, p. 1 et s. ; N. Rias, *Aspects actuels des liens entre la responsabilité civile et pénale*, Thèse dactyl. Lyon III sous la dir. de S. Porchy-Simon, soutenue en 2006, n° 3 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue, loc. cit.*. Sur la négociation des tarifs dans la loi salique : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 7 ; J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, loc. cit.*.

⁸⁹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 7. Voir cependant, dans les lois wisigothes ou burgondes : J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 635.

⁹⁰ J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », art. préc., p. 8.

⁹¹ Le terme *faida* signifiant d'ailleurs « vengeance » : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 7. Voir toutefois : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue, op. cit.*, n° 3 ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 9.

⁹² J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 635. Sur le développement du rôle de la faute à Rome : G. Viney, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 8.

⁹³ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 634.

⁹⁴ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 636.

⁹⁵ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 8.

barbares »⁹⁶. Le développement des coutumes et des chartres de franchises donna alors lieu à plusieurs évolutions, à partir des XII^{ème} ou XIII^{ème} siècles selon les régions⁹⁷. En particulier, la distinction de la dimension indemnitaire et de la dimension répressive s'affirma à travers la distinction des actions, l'action pénale devenant inquisitoire et étant désormais détenue en monopole par le représentant du pouvoir public⁹⁸, l'État récupérant peu à peu le monopole de la justice⁹⁹.

9. L'aboutissement de la distinction aux ères moderne et contemporaine. La généralisation d'un système de responsabilité civile, selon une formule proche de ce que connaît actuellement l'article 1240, anciennement 1382, du Code civil, eut lieu à partir du XVII^{ème} siècle. GROTIUS, aux Pays-Bas, et DOMAT, en France, formulèrent chacun un principe général de responsabilité pour faute, selon des rédactions affinées par les rédacteurs du Code civil¹⁰⁰. La responsabilité civile, générale, se distingue alors totalement de la responsabilité pénale¹⁰¹, aboutissant à une séparation claire entre ce qui « relève de l'atteinte à la société et [...] [de] la lésion d'intérêts individuels » et à une différence de nature entre responsabilités civile et pénale¹⁰². Centrée sur la faute, la responsabilité civile présentait encore une fonction normative¹⁰³. Celle-ci pouvait toutefois sembler accessoire à la fonction indemnitaire : c'est en indemnisant que l'auteur d'une faute était tenu d'en supporter les conséquences et, ce faisant, était dissuadé de la commettre. Tout en produisant un effet prophylactique, la responsabilité civile n'avait pour autant plus le caractère d'une peine privée.

Dans la période contemporaine, cet équilibre fut bouleversé par l'avènement de l'ère industrielle et l'émergence d'une société individualiste, aboutissant, à partir de la

⁹⁶ *Ibid.* Voir néanmoins, sur l'aspect indemnitaire des sommes attribuées à la victime ou à ses proches dans ce cadre : J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 637, 2°.

⁹⁷ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, op. cit.*, n° 637.

⁹⁸ J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil, loc. cit.*, 2° ; J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle, op. cit.*, n° 157. Voir cependant, sur les privilèges de procédure accusatoire obtenus par certaines villes : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, loc. cit.*

⁹⁹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 11.

¹⁰⁰ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 2. Voir toutefois sur l'émission du principe général de responsabilité : A. Tunc, « Le droit en miettes », in *La responsabilité*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1977, t. 22, p. 31 et s..

¹⁰¹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue, op. cit.*, n° 3.

¹⁰² C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue, op. cit.*, n° 4 et 5. Voir cependant : M. Laborde-Lacoste, *La responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale*, Bordeaux, 1915, chapitre I, VII. L'auteur insiste sur les liens entre responsabilités civile, pénale et morale dans les codes napoléoniens.

¹⁰³ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 2 et s..

seconde moitié du XIX^{ème} siècle, à un recul de la faute subjective¹⁰⁴, recul s'appuyant largement sur le développement de systèmes de collectivisation de la responsabilité civile¹⁰⁵ et aboutissant à un dépouillement de la responsabilité civile de sa dimension normative¹⁰⁶.

10. Des interactions variables du droit pénal et du droit civil. C'est dans ce contexte, alors que la responsabilité pénale paraît insuffisante à dissuader ou réprimer l'ensemble des actes « antisociaux », que s'inscrit le mouvement actuel conduisant à une résurgence de la responsabilité civile dans sa dimension de peine privée et à la multiplication de manifestations répressives du droit et de la responsabilité civils¹⁰⁷. Selon la conception évolutionniste, un tel phénomène ne peut apparaître que comme une véritable « révolution copernicienne »¹⁰⁸, une tendance régressive¹⁰⁹ s'apparentant à une résurrection de tendances primitives¹¹⁰ sous couvert de modernité¹¹¹.

La linéarité d'une telle présentation a certes vécu. Il était bien sûr admis que l'Histoire avait connu des mouvements de « régression » à l'occasion de la chute d'une civilisation, spécialement l'Empire romain. Il est cependant désormais certain qu'au sein même de certaines cultures des mouvements régressifs ont eu lieu, retournant par exemple d'un système de compositions vers l'application du talion. Une telle régression a notamment pu être expliquée en avançant que les compositions pécuniaires seraient parues insuffisamment dissuasives en présence d'individus fortunés¹¹². De

¹⁰⁴ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 21 et s. ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 10 et s. ; G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, op. cit., n° 17 et s.. C. Dubois, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 9. Sur les théories alternatives à la faute, notamment le risque et la garantie, voir notamment : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 17 et s. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 905 et s.. Plus spécialement sur la théorie de la garantie voir : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit. ; « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958.475.

¹⁰⁵ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014.

¹⁰⁶ Sur l'effet anti-normatif de l'assurance de responsabilité civile, voir par exemple : A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », art. préc., n° 5.

¹⁰⁷ Cf *supra*, n° 1.

¹⁰⁸ J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., n° 4.

¹⁰⁹ B. Oppetit, « Les tendances régressives en droit contemporain », art. préc..

¹¹⁰ J. Cedras, « Sans préjudice d'affection », in *Le droit à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 231 et s., spéc. p. 233. *Contra* : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 371 et 372. Soulignant que l'argument d'archaïsme n'est pas en soi juridique : P. Jourdain, « Conclusion prospective », *RCA* 2013/5, art. préc., n° 16.

¹¹¹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 8.

¹¹² J.-P. Lévy et A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, op. cit., n° 607.

plus, la filiation entre peine privée et peine publique a été contestée. La seconde ne constituerait pas une évolution de la première mais les deux catégories de peines procèderaient de finalités distinctes. Alors que les peines privées correspondraient originellement au règlement d'atteintes entre familles ou entre clans, se plaçant de ce fait dans des rapports d'horizontalité, les peines publiques relèveraient initialement d'une idée de « sacrilège » dont les conséquences, susceptibles de se répercuter sur l'ensemble du groupe social, exigent une sanction interne à celui-ci, sanction relevant cette fois d'une logique de verticalité¹¹³. Les cas de recours à des peines privées auraient par la suite évolué sous l'influence du développement de l'État. Elles ne correspondraient plus à des sanctions s'inscrivant dans des rapports purement horizontaux mais correspondraient à des sanctions mises en place par l'État pour pallier son incapacité à réprimer l'ensemble des comportements socialement néfastes¹¹⁴. Plus prosaïquement, il faut sans doute admettre que les peines privées n'ont jamais totalement disparu, dès lors qu'il existerait « trop de nuances entre le fait objectivement illicite et l'infraction pénale intentionnelle pour bâtir entre droit civil et pénal un mur hermétique »¹¹⁵.

Ces éléments, s'ils invitent à la nuance, n'effacent pourtant pas l'importance du constat initial. À s'en tenir d'abord à l'utilisation de la responsabilité civile comme peine privée, et même en admettant que la dimension répressive de celle-ci n'ait jamais disparu, on ne saurait assimiler l'effet répressif que peut avoir la responsabilité pour faute lorsqu'elle est réellement supportée par son auteur avec les propositions de consécration de dommages et intérêts ouvertement punitifs et généralement déconnectés de toute idée d'indemnisation. La prise en compte des cas dans lesquels les magistrats, sous couvert d'indemniser le préjudice, tiennent compte de la gravité de la faute dans la détermination du montant alloué ne doit pas conduire à retenir une conclusion différente. Ensuite, les amendes civiles, récemment revenues au centre de l'attention en raison d'une multiplication des cas de recours légaux et surtout des propositions de généralisation par les avant-projet et projet de réforme du droit de la responsabilité civile présentés par la Chancellerie, soulèvent des interrogations

¹¹³ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 2 et 3.

¹¹⁴ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 11.

¹¹⁵ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 373 et s.. Concernant les peines privées existantes au début du XX^e siècle : L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Arthur Rousseau, Thèse, Paris, 1904. *Contra* : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 9.

originales. Quelles que soient les nuances apportées à la présentation traditionnelle des origines historiques de la distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale, cette présentation résulte en partie d'une distinction des fonctions indemnitaire et répressive, quand bien même cette distinction n'aurait jamais été parfaitement hermétique, et d'une opposition entre sommes attribuées à la victime, qu'elles constituent des indemnités ou des peines privées¹¹⁶, d'une part, et peines publiques d'autre part. Sans doute plus qu'aucun autre mécanisme, l'amende civile, en ce qu'elle sembler constituer une peine publique expressément incluse en droit civil, pousse à son paroxysme la mise à mal des classifications traditionnelles.

11. Le panjurisme et l'efficacité du droit. Comment expliquer alors ce qui, au moins en apparence, ne saurait qu'être un retour à une confusion que l'on croyait disparue¹¹⁷, voire l'émergence d'une confusion nouvelle ? Sans doute l'individualisme exacerbé conduit-il à une confusion de ce qui relève de l'intérêt général et des intérêts particuliers, aboutissant notamment à mêler les fonctions du droit pénal, qui devient réparateur, et de la responsabilité civile, qui devient sanctionnatrice¹¹⁸. Tel ne saurait toutefois, selon nous, être la seule explication : l'amende civile, sanction mise en œuvre par l'autorité publique et bénéficiant généralement au Trésor public, n'a manifestement pas les traits d'un mécanisme centré sur la défense d'intérêts privés¹¹⁹. Revenant au constat initial, il faut sans doute considérer que cette évolution est aussi, sinon surtout, le signe d'un système juridique en perte de repères quant aux moyens d'assurer son respect¹²⁰.

Au regard du droit de la responsabilité civile, les causes de cette perte de repères semblent certaines. Son évolution depuis la fin du XIX^{ème} siècle a sans conteste effacé sa dimension normative, conduisant certains auteurs à regretter un âge d'or lors duquel

¹¹⁶ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 156 et s..

¹¹⁷ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 8.

¹¹⁸ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 8 et 9. Plus généralement, pour une présentation de l'influence du développement de la pensée individualiste sur le droit privé : D. Deroussin, *Histoire du droit privé (XVIe-XXIe siècle)*, Ellipses, Paris, 2010, n° 561.

¹¹⁹ *Cf infra*, n° 170 et s..

¹²⁰ Une telle préoccupation est particulièrement visible dans le rapport sous la direction de Monsieur JEGOUZO en matière de préjudice écologique (Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Mme. Christiane Taubira, Garde des sceaux, ministre de la Justice, Ministère de la justice, Paris, 2013*, p. 55 et s.) ainsi que dans la présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile par le Garde des sceaux (J.-J. Urvoas, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*). Voir notamment, sur la recherche d'efficacité à travers le recours à des sanctions pécuniaires civiles en droit des pratiques restrictives de concurrence : D. Fasquelle, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », *GP* 2001 p. 1681 et s..

la responsabilité civile, faisant « d'une pierre deux coups », réprimait le fautif en indemnisant la victime¹²¹. Cette perte de repères n'est pas limitée à cette évolution de la responsabilité civile. Y participe également le développement d'un droit pénal sanctionneur¹²², parfois si éloigné des règles essentielles de la société que le législateur finit, à rebours du principe selon lequel « Nul n'est censé ignorer la loi », par admettre l'erreur de droit en ce domaine¹²³. Enfin, la multiplication des « sanctions administratives »¹²⁴ constitue un autre aspect de cette évolution. L'ensemble du droit paraît affecté par des velléités sanctionnatrices, visant en tout domaine à contraindre au respect des prescriptions juridiques. Or, si « la justice sans la force est impuissante »¹²⁵, la multiplication de mécanismes répressifs semble davantage correspondre à un aveu de faiblesse du droit qu'à une affirmation de sa force. Le constat est classique : l'inflation législative, qu'il est devenu routinier de dénoncer¹²⁶, conduit à un affaiblissement des règles de droit, devenues trop nombreuses pour être connues et *a fortiori* respectées. Jean RIVERO soulignait ainsi que l'efficacité de la sanction est notamment subordonnée à la faculté de l'auteur de connaître clairement ce qui est interdit¹²⁷ et, par ailleurs, à la crédibilité de la sanction, notamment au regard du volume des infractions et des possibilités de répression¹²⁸. La multiplication des règles induisant dès lors une difficulté accrue à en assurer le respect, il semble que le législateur soit tenté par un développement et un rehaussement constant des sanctions.

Le Droit n'est toutefois pas à blâmer seul de son inflation : c'est notamment à un déclin des autres systèmes normatifs, au premier rang desquels la morale, que serait due l'inflation législative. Les philosophies morales modernes, tout en laïcisant la morale et en la fondant sur la raison, ont en partie échoué à répondre à une question pourtant fondamentale : « Pourquoi se comporter de façon morale ? »¹²⁹. Face à des individus ne s'imposant plus de règles à eux-mêmes, le Droit, à rebours de l'exhortation

¹²¹ Voir notamment : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, *passim*.

¹²² *Cf infra*, n° 168.

¹²³ CP, art. 122-3.

¹²⁴ *Cf infra*, n° 88 et s..

¹²⁵ B. Pascal, *Pensées*.

¹²⁶ Voir par exemple : J.-F. Mauro, « L'inflation législative inutile », *GP* 2001/186, p. 19.

¹²⁷ J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », art. préc., p. 680. Cette idée est autrement présentée en mettant en avant le caractère discursif du droit, autrement dit le fait que la normativité de la règle juridique tient à la façon dont est proféré l'ordre que porte la règle de droit, ce qui présuppose notamment qu'elle soit intelligible. Voir par exemple : M. Fabre-Magnan, F. Brunet, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. « Thémis droit », Paris, 2017, n° 51.

¹²⁸ J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », art. préc., p. 682.

¹²⁹ Voir notamment sur cette idée : A. MacIntyre, *Après la vertu. Étude de théorie morale*, PUF, Paris, 2013. Voir également, sur la dilution actuelle de la morale dans le concept « d'éthique » : M. Fabre-Magnan, F. Brunet, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 14.

du Doyen CARBONNIER à éviter le panjurisme, devient le seul système véritablement normatif¹³⁰ au risque d'aboutir à une perte d'une part de sa propre normativité.

12. D'une quête d'efficacité à la multiplication des sanctions. Dans cette quête d'efficacité, la situation des sanctions juridiques n'est sans doute pas homogène. Lorsque le droit s'auto-régit, l'emprise des sanctions juridiques, entendues au sens large, est sans commune mesure avec celle qu'elles peuvent avoir sur la réalité. Pour prendre l'exemple le plus évident, la nullité apparaît comme la sanction naturelle des conditions de validité d'un acte : l'acte adopté en contradiction avec le reste de l'ordre juridique est anéanti, et même est censé ne jamais avoir existé¹³¹. Dès lors cependant que le droit, et les sanctions juridiques tendent à régir le réel¹³², l'emprise de la sanction s'amenuise : disparitions rétroactives d'actes considérés un temps comme valables¹³³, réparation de certains préjudices sans véritable équivalent possible, le caractère principalement réactif des sanctions juridiques¹³⁴ conduit à un décalage parfois irréversible entre ce qui est et ce qui aurait dû être. Au sujet des sanctions visant une remise en l'état, et pour paraphraser la formule du Doyen CARBONNIER, s'il s'agit de faire que le dommage, ou l'illicéité, « semble n'avoir été qu'un rêve »¹³⁵, le non-respect du droit restera souvent un cauchemar éveillé. Certes, la norme juridique régir le réel et ne définit pas un simple idéal¹³⁶. Toutefois, dans le domaine du fait, la sanction juridique ne saurait toujours effacer les différences entre les deux.

Incapable de toujours parvenir à une remise en l'état, la sanction juridique vise également à empêcher que la violation n'ait lieu. Un tel aspect coercitif est d'ailleurs parfaitement visible au sujet de deux sanctions pécuniaires civiles : les astreintes et les clauses pénales. Alors que les premières visent à contraindre la volonté d'un justiciable afin que celui-ci exécute l'ordre qui lui est adressé par le juge, les secondes sont prévues par les parties à un contrat non seulement pour faciliter l'évaluation du

¹³⁰ On ne saurait nier que la pression sociale, particulièrement du fait du développement des technologies de communication, présente des aspects dissuasifs voire répressifs efficaces. La relative anarchie avec laquelle celle-ci se développe souvent rend toutefois difficile d'y voir un système normatif.

¹³¹ Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », art. préc. : l'auteur souligne la contradiction entre le terme de sanction dans le sens de « rendre sacré », donner effet à un acte, et la neutralisation des actes non conformes.

¹³² Les rapports entre le droit et le fait mettent précisément en jeu les questions de normativité : M. Fabre-Magnan, F. Brunet, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 15 *in fine*.

¹³³ Le caractère fictionnel d'une telle disparition, lorsque l'acte a produit des conséquences dans le monde matériel, est évident. Il est particulièrement sensible lorsque le droit admet lui-même des dérogations au principe, comme par exemple en matière de mariage putatif.

¹³⁴ *Cf supra*, n° 2. Voir toutefois : C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.* ; C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004.577.

¹³⁵ J. Carbonnier, *Droit civil, Les obligations*, PUF, coll. « Thémis droit privé », Paris, 22^{ème} éd., 2000, n° 198.

¹³⁶ J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », art. préc.. s

préjudice résultant de l'inexécution, mais parfois également pour s'assurer que le cocontractant soit incité à exécuter son obligation.

Lorsque celle-ci est déjà réalisée, la cessation de l'illicite peut y mettre un terme¹³⁷. Comment toutefois empêcher que cet illicite ne se produise, que la règle de droit soit respectée ? Ainsi que l'écrivait Jean RIVERO, « cette question naïve est la seule importante : quelle que soit la perfection d'un système de normes juridiques, la vertu éthique des solutions qu'il consacre, la qualité intellectuelle des concepts qu'il utilise, s'il s'avère inapte à régir le réel, il n'est qu'un jeu et il en est beaucoup de plus amusants, ou pire, une hypocrisie, consciente ou non, un écran de fumée tendu devant le règne juridique des forts »¹³⁸. La contrainte et la neutralisation des justiciables avant qu'ils ne violent la loi sont certes parfois possibles. Sauf à instaurer un régime dystopique et autoritaire¹³⁹, une telle solution ne saurait être toutefois généralisée, laissant à la dissuasion un rôle certain dans la recherche de l'application du droit¹⁴⁰.

13. Les incertitudes soulevées par une répression civile. Toute sanction présente sans doute une dimension dissuasive¹⁴¹. Ce sont toutefois principalement les sanctions à visées répressives qui, dans la recherche de dissuasion des comportements illicites, paraissent retenir l'attention¹⁴², la répression et la dissuasion semblant dans une large mesure aller de pair¹⁴³. *Ut unius poena metus possit esse multorum* : « que le châtiment d'un seul puisse être une crainte salutaire pour les autres ». Face à un droit en perte d'efficacité, en présence d'un droit pénal sans doute étiré à l'extrême¹⁴⁴, on comprend alors, sans pour autant nécessairement l'approuver, pourquoi les autres branches du droit en arrivent à être sollicitées afin de répondre à ces problématiques. Appuyé, en droit civil, par une part de la doctrine désireuse de rendre à la responsabilité civile sa normativité perdue¹⁴⁵, le mouvement devait se tourner vers une sanction

¹³⁷ C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, op. cit..

¹³⁸ J. Rivero, « La sanction juridictionnelle et la règle de droit », art. préc., p. 466.

¹³⁹ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de Ph. Conte, soutenue le 5 décembre 2016, n° 1 et s..

¹⁴⁰ Voir par exemple, C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, op. cit., n° 2.

¹⁴¹ H. Kelsen, *Théorie pure du droit* (trad : C. Eisenmann), op. cit., p. 118 ; C. Ouerdane-Aubert Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, op. cit., n° 19 et s., D. Kaminsky (Dir.), *La flexibilité des sanctions*, XXI^e Journées juridiques J. Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 54 ; J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », art. préc..

¹⁴² J.-J. Urvoas, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit.. Sur les fonctions de la peine : *infra*, n° 132 et s..

¹⁴³ X. Bebin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, Paris, 2006.

¹⁴⁴ Cf *infra*, n° 339.

¹⁴⁵ Sur l'évolution séparée des responsabilités pénale et civile, aboutissant à certaines incohérences entre les deux : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 9.

pécuniaire, les dommages et intérêts punitifs, sanction que l'on qualifiera de civile du fait de son inclusion dans le domaine du droit éponyme. Un tel choix paraît *a priori* évident, ne serait-ce que parce que cette sanction présente une analogie, au moins apparente, avec une des sanctions caractéristiques de la responsabilité civile, les dommages et intérêts indemnitaires, dont il apparaît qu'elle est parfois déjà employée de façon officieuse à des fins punitives¹⁴⁶. Le tropisme vers une sanction pécuniaire semblait par ailleurs naturel, dès lors que ces sanctions constituent une des deux formes générales que prend classiquement la peine au sein de notre système juridique. L'autre forme étant la privation de liberté, dont le monopole pénal ne semble pour l'instant pas remis en cause, seul le recours à des sanctions monétaires paraissait envisageable. On peut enfin penser qu'à l'heure où l'argent semble consacré comme une valeur centrale, voire comme la valeur suprême¹⁴⁷, de la société, la menace d'une sanction pécuniaire devrait être plus efficace que jamais pour contraindre la volonté. Parmi les moyens visant à assurer le respect des règles juridiques, les sanctions monétaires semblent alors appelées à jouer un rôle prophylactique de plus en plus important¹⁴⁸.

En dépit de cet engouement, les résistances multiples opposées aux dommages et intérêts punitifs ont poussé le législateur à envisager un mécanisme en apparence plus respectueux des principes civils classiques : les amendes civiles. L'intérêt de ce mécanisme semble évident pour ses promoteurs : au contraire des dommages et intérêts punitifs, il ne conduit pas à remettre en cause le principe de réparation intégrale¹⁴⁹. Ce faisant, le mécanisme ne perd-il pas toutefois jusqu'à l'apparence de rattachement à la responsabilité civile ? Derrière cette question, c'est le sens même du caractère civil des sanctions étudiées qui semble mis en cause. La définition exacte du droit civil n'est certes pas aisée. Tantôt défini de façon énumérative comme la branche du droit privé

¹⁴⁶ Cf *supra*, note n° 5. Adde : L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., Paris I, sous la dir. de G. Loiseau, soutenue le 12 déc. 2011, n° 541 ; C. Coutant-Lapalus, « La sanction civile », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3*, *op. cit.*, p. 211 et s.. De plus, la comparaison avec d'autres systèmes juridiques admettant ce type de sanction, si elle peut parfois faire office de repoussoir, ne saurait être sans influence sur les sanctions envisagées.

¹⁴⁷ B. Oppetit, « L'ambivalence de l'argent », art. préc., p. 22 et 24.

¹⁴⁸ Sur ce mouvement au pénal, il n'est qu'à rappeler qu'en matière délictuelle la peine privative de liberté apparaît désormais dans une large mesure comme une sanction de dernier recours. Par ailleurs, même en matière criminelle, l'article 132-17 du Code pénal autorise les juridictions à ne prononcer qu'une amende. Sur l'amplification récente de ce mouvement voir par exemple : M. Giacomelli, « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », *JCP G* 2019, 386, II-A ; V. Peltier, « Sens et efficacité des peines », *JCP G* 2018, 310.

¹⁴⁹ Voir expressément en ce sens : J.-J. Urvoas, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*. On peut d'emblée souligner qu'il n'est pas certain que les dommages et intérêts punitifs, au moins lorsqu'ils sont consacrés de façon autonome, méconnaissent réellement le principe de réparation intégrale : celui-ci est attaché à la dimension indemnitaire de la responsabilité civile et de ses sanctions. Les dommages et intérêts punitifs admis de façon autonome n'étant pas, ou pas nécessairement, une sanction indemnitaire, ils pourraient ne pas méconnaître le principe de réparation intégrale dès lors qu'ils ne sont pas une réparation. Sur les différentes conceptions des peines privées : *infra*, n° 176 et s..

qui recouvre les différentes matières traitées au sein du Code civil¹⁵⁰, tantôt comme constituant le droit commun régissant les rapports privés¹⁵¹, il semble toutefois difficile d'y inclure par principe des mécanismes répressifs, si l'on admet en tout cas le postulat que la gravité de la répression ne saurait être justifiée que par une prise en compte de l'intérêt général¹⁵². Bien sûr, un tel intérêt n'est pas absent du droit civil : les nullités absolues et, plus généralement, la possibilité du ministère public d'agir au civil en défense de l'intérêt général suffisent à en témoigner. Ces manifestations s'inscrivent toutefois dans le cadre de rapports privés. Ainsi, la nullité, serait-elle absolue, aboutit à remettre en cause un acte juridique créé par l'accord de volontés de personnes privées pour régir leurs rapports. À la différence de cette hypothèse, la consécration de peines d'amende, mises en œuvre par l'autorité publique et lui profitant, semble manifestement relever d'une autre logique.

Au-delà de cette première interrogation, l'idée d'assurer l'efficacité du droit par un développement et un rehaussement des peines ne revient-elle pas elle aussi à une conception archaïque dont la pertinence est de longue date contestée¹⁵³ ?

14. C'est ainsi la cohérence même des sanctions pécuniaires civiles, tant d'un point de vue notionnel que pratique, qui paraît remise en cause. À admettre même qu'une telle cohérence puisse être trouvée, la spécificité de la logique animant ces sanctions paraît certaine de sorte que les difficultés liées à leur régime ne sauraient être ignorées, sauf à contredire totalement l'objectif d'efficacité auquel celles-ci semblent répondre.

Il convient alors, dans un premier temps, d'envisager la cohérence des sanctions pécuniaires civiles. La cohérence de la notion, plus précisément la signification du caractère civil des sanctions répressives exprimées en argent, doit être envisagée tout d'abord. Ensuite, outre la recherche d'une cohérence « théorique », c'est à la recherche d'une cohérence pratique qu'il conviendra de se livrer. Un simple regard sur les

¹⁵⁰ Voir, en substance : G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, v° « Civil – Droit ». Entre les deux présentations, voir par exemple : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, Paris, 5^{ème} éd., 2000, n° 181.

¹⁵¹ F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2019, n° 167. Insistant particulièrement sur la vocation de droit commun du droit civil : M. Fabre-Magnan, F. Brunet, *Introduction générale au droit*, *op. cit.*, n° 8.

¹⁵² Au sujet des interrogations sur l'intérêt pris en compte par les peines privées : *cf infra*, n° 185 et s.. Sur les confusions entre intérêt général et intérêts privés dans le mouvement de rapprochement des responsabilités civile et pénale : Ph. Conte, « Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », *in Droit et actualité, Études offertes à J. Béguin*, Litec, Paris, 2005, p. 141 et s., n° 14.

¹⁵³ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991. Voir également : J. Rivero, « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », art. préc., p. 681.

différents mécanismes punitifs exprimés en unités monétaires suffit en effet à révéler toute l'incertitude quant à la place des différentes catégories de sanctions, civiles, pénales ou administratives. Il faut ainsi étudier la cohérence des sanctions pécuniaires civiles (Première partie).

Il faut, dans un second temps, s'intéresser à la mise en œuvre des sanctions pécuniaires. Résolument tournées vers une recherche d'efficacité, il paraît essentiel de déterminer dans quelle mesure le législateur est libre de recourir à de tels mécanismes, de s'affranchir des règles directrices du droit pénal. Il paraît tout aussi important de tenter de déterminer les règles applicables, dans le silence des textes, à des mécanismes qui, épars ou prospectifs, manquent cruellement d'un régime juridique subsidiaire clair. Il convient alors d'étudier le régime des sanctions pécuniaires civiles (Deuxième partie).

Première partie : La cohérence des sanctions pécuniaires civiles.

15. Droit et cohérence. Le droit doit-il être cohérent ? Une telle question dépasse manifestement l'objet des présents développements. L'idée que le droit puisse n'être qu'un « ensemble inorganisé de normes spontanées »¹⁵⁴ est parfois défendue et correspond incontestablement au mode de construction de certains systèmes juridiques¹⁵⁵. Une telle approche « réaliste » pêche toutefois par son manque de prévisibilité, empêchant les justiciables d'adhérer à un véritable système, à un ensemble cohérent de règles, et fait perdre au droit sa vertu structurante¹⁵⁶. Les mérites d'une approche cohérente du droit, et plus spécialement de la responsabilité civile, en elle-même¹⁵⁷ ou dans ses rapports avec la responsabilité pénale¹⁵⁸ ont déjà été démontrés. Il est en revanche utile d'apporter une pierre à cet édifice en identifiant clairement les difficultés que soulèvent les sanctions pécuniaires civiles dans le cadre d'une recherche de cohérence.

16. Cohérence et sanctions pécuniaires civiles. Une telle recherche renvoie inéluctablement en droit à l'idée de système juridique et aux interactions entre les différents éléments de ce système¹⁵⁹. Envisagées sous cet aspect, les sanctions pécuniaires civiles semblent de nature à soulever deux difficultés particulières.

La première difficulté tient à l'inclusion de ces sanctions au sein de l'ordonnancement juridique. L'existence, au sein du droit civil, de mécanismes à visée principalement punitive paraît aller à l'encontre des distinctions traditionnellement opérées entre les différentes branches du droit, notamment entre le droit civil et le droit pénal. Cette confusion se traduit notamment lorsque des auteurs évoquent un « droit

¹⁵⁴ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 1.

¹⁵⁵ Ch. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits* 2010/51, p. 137.

¹⁵⁶ J. Rivéro, « Apologie pour les “faiseurs de systèmes” », *D.* 1950, chron. p. 99, spéc. p. 100 ; R. Libchaber, « Réflexions sur le “désordre juridique français” », in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 2004, p. 405, spéc. p. 410.

¹⁵⁷ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 15.

¹⁵⁸ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, loc. cit..

¹⁵⁹ J.-L. Bergel, *Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2001, p. 25.

quasi-répressif », « quasi-pénal » ou des « sanctions para-pénales »¹⁶⁰. L'ensemble de ces expressions désignent des mécanismes qui, apparemment étrangers au droit pénal, en épousent pourtant les caractères principaux. Si ce sont principalement les sanctions administratives qui sont visées par ces expressions, les sanctions pécuniaires civiles semblent également répondre à ces qualifications. Alors que leur rattachement au droit civil est plus ou moins nettement affirmé, elles tendent à réguler, et le cas échéant réprimer, les comportements humains, ce qui les rapproche manifestement des fonctions habituellement dévolues au droit pénal¹⁶¹. Une telle observation conduit à s'interroger sur la cohérence interne des mécanismes étudiés, autrement dit sur la cohérence notionnelle des sanctions pécuniaires civiles.

La seconde difficulté concerne l'articulation entre les sanctions pécuniaires civiles et les autres mécanismes poursuivant des finalités similaires. Autrement formulé, la proximité, au moins apparente, des sanctions pécuniaires civiles avec d'autres mécanismes incline à s'interroger sur les raisons du recours à une catégorie de sanctions plutôt qu'à une autre. Cet aspect conduit à traiter la cohérence du recours aux sanctions pécuniaires civiles.

L'étude de la cohérence notionnelle des sanctions pécuniaires civiles (Titre I) précédera ainsi celle de la cohérence du recours à ces sanctions (Titre II).

¹⁶⁰ Voir par exemple : L. Idot, « La responsabilité professionnelle quasi-répressive : l'exemple du droit de la libre concurrence », *LPA* 2001/137, p. 34 ; J. Pradel, *Procédure pénale*, Éditions Cujas, Paris 17^{ème} éd., n° 646 ; Th. Janville, « Frais et dépens », art. préc. ; A. Garraud, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », *LPA* 2017/11, p. 5, n° 10 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, p. 42 ; W. Jeandidier, « Des sanctions mixtes : l'exemple des sanctions fiscales et sanctions douanières », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3*, *op. cit.* ; E. Mignon, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *AJDA* 2001.99.

¹⁶¹ Voir par exemple : V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, art. préc., n° 1. *Contra* : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *loc. cit.*.

TITRE I : LA COHÉRENCE NOTIONNELLE DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES.

17. La détermination de la difficulté. Trois éléments permettent *a priori* d'identifier les sanctions pécuniaires civiles. Tout d'abord, la sanction pécuniaire civile trouve sa place au sein de l'ensemble des peines¹⁶². Ensuite, elle correspond à une catégorie définie par le caractère monétaire du mécanisme. Enfin, elle se caractérise par sa nature civile. Le caractère pécuniaire du phénomène conduit à envisager cet aspect sous un angle particulier. Dès lors, en effet, que les sanctions monétaires sont pratiquées tant en droit civil qu'en droit pénal, l'identité de matérialité entre des sanctions incluses dans deux branches du droit distinctes suppose d'envisager les sanctions pécuniaires civiles à l'aune des sanctions pécuniaires pénales. Par ailleurs, l'existence de mécanismes punitifs de nature civile, même si elle n'est pas nouvelle¹⁶³, interpelle nécessairement.

18. Les manifestations et l'analyse du phénomène. La séparation entre « un droit pénal répressif et un droit civil restituitif, ne correspond pas à la réalité juridique de notre temps »¹⁶⁴. Cette affirmation de Marcel CRÉMIEUX illustre nettement le mouvement qui a conduit, par glissements successifs, à interroger la séparation hermétique de la responsabilité civile et de la responsabilité pénale. La multiplication de mécanismes civils ouvertement punitifs tend incontestablement à accréditer cette affirmation. L'idée même de sanction civile punitive est cependant encore loin d'être aussi évidente que son développement pratique pourrait le laisser supposer. Il apparaît donc nécessaire de chercher à déterminer ce que signifie le caractère civil de certaines sanctions pécuniaires.

Cette question fait sans doute immédiatement penser aux peines privées, et notamment aux dommages et intérêts punitifs. C'est d'ailleurs dans une étude

¹⁶² Cf *supra*, n° 4.

¹⁶³ O. Gout, « Rapport introductif. Notion et enjeux des concours de responsabilités », art. préc., n° 9 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, *passim*.

¹⁶⁴ M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Études offertes à Pierre Kayser*, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, vol. I, p. 261.

consacrée aux peines privées que Marcel CRÉMIEUX affirmait que la distinction fonctionnelle du droit civil et du droit pénal s'estompait. La sanction pécuniaire civile ne s'épuise pourtant pas dans la catégorie des peines privées : la peine est parfois publique. Cette sanction est alors qualifiée d'amende civile.

19. Il serait alors concevable de commencer par identifier les différentes sanctions pécuniaires civiles, tant privées que publiques, pour rechercher dans un second temps le sens à accorder à leur qualification « civile ». Telle ne sera cependant pas l'approche retenue.

D'une part, une telle présentation risquerait de soulever des difficultés de lisibilité importantes, obligeant à distinguer à chaque étape du raisonnement entre sanctions pécuniaires civiles publiques et privées. D'autre part, l'amende civile, en ce qu'elle constitue une peine publique, pousse à leur paroxysme les difficultés de rattachement de certaines sanctions pécuniaires au droit civil. L'expression même « amende civile », qui est par plusieurs aspects oxymorique, souligne la proximité du mécanisme avec la répression pénale¹⁶⁵. L'analyse du caractère « civil » de l'amende civile révèle en réalité l'inadéquation du rattachement de cette sanction au droit civil. Une fois acquis, ce constat permet de concentrer l'étude sur les éléments spécifiques aux peines pécuniaires privées. Ainsi l'étude de l'amende civile soulignera le caractère artificiel du rattachement au droit civil des sanctions pécuniaires civiles publiques (Chapitre I), ce qui supposera d'aborder, ensuite, la disparité des peines pécuniaires privées (Chapitre II).

¹⁶⁵ P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, LPA 2002/232, p. 3, n° 11. L'auteur considère ainsi qu'alors que les dommages et intérêts punitifs constituent un mécanisme mixte de responsabilité, mi-civile, mi-pénale, les amendes civiles seraient de « pures sanctions pénales prononcées par le juge civil ». L'amende est d'ailleurs une des deux peines principales qui détermine l'appartenance d'une incrimination à l'une des trois catégories de la division fondamentale des infractions pénales entre crime, délit et contravention (CP, art. 131-3 3° et 131-12 1°).

Chapitre I : Le caractère artificiel du rattachement au droit civil des sanctions pécuniaires civiles publiques : étude de l'amende civile.

20. Après avoir proposé une présentation du mécanisme relativement méconnu qu'est l'amende civile (Section I), l'étude de ses caractères fournira une illustration particulièrement nette des difficultés à inclure certaines sanctions pécuniaires civiles au sein d'un ordre de responsabilité déterminé (Section II).

Section I : La notion d'amende civile.

21. Une notion méconnue. Les premières occurrences d'amendes civiles sont relativement anciennes. Ainsi trouve-t-on des amendes actuellement qualifiées de civiles¹⁶⁶ *a minima* dès le début du XIX^{ème} siècle¹⁶⁷. Pourtant, le mécanisme semble demeurer largement méconnu : parfois évoquées par les ouvrages de responsabilité civile, rejetées de ceux de droit pénal, les amendes civiles ne sont souvent mentionnées que ponctuellement, à l'occasion de l'étude des différentes matières au sein desquelles elles se manifestent. De ce fait, une partie importante des écrits les concernant portent sur la tenue des registres d'état civil, sur l'abus du droit d'agir en justice et, de façon plus récente, sur les pratiques restrictives de concurrence¹⁶⁸.

22. L'intérêt renouvelé pour l'amende civile. Toutefois, l'amende civile semble retenir une attention nouvelle. En effet, l'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile soumis par le garde des Sceaux à la consultation publique le 29 avril 2016 en proposant de créer, à l'article 1266¹⁶⁹ du Code civil, un mécanisme général d'amende civile a, semble-t-il, ravivé l'intérêt de la doctrine pour l'amende

¹⁶⁶ Par exemple l'amende prévue par l'article 50 du Code civil prévue dès l'origine du code. Pour plus de précisions, cf *infra* n° 36.

¹⁶⁷ Certaines amendes aujourd'hui civiles remontent à une date bien antérieure, comme les amendes de procédure civile. Toutefois celles-ci ont subi de profondes modifications de leur régime, notamment à l'époque des codifications napoléonienne et de la refonte du Code de procédure civile si bien qu'il est difficile de les inscrire dans une réelle continuité.

¹⁶⁸ Voir néanmoins pour une réflexion transversale sur l'amende civile : M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002/232 p. 36 et s. ; Antérieurement déjà : M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, thèse pour le doctorat, Grenoble, 1908, p. 83 et s..

¹⁶⁹ Puis à l'article 1266-1 dans une version substantiellement modifiée dans le projet présenté le 13 mars 2017.

civile. Cette proposition compte parmi les innovations les plus remarquées, et sûrement les plus critiquées¹⁷⁰, de l'avant-projet.

23. Des incertitudes persistantes. Malgré ce regain d'intérêt, l'analyse et la compréhension de l'amende civile semblent encore parcellaires : dans sa nature, son régime, ou même ses contours, de nombreux points d'ombre demeurent. Paul MATTER écrivait en ce sens qu'« il est peu de matières aussi broussailleuses et obscures que celle des amendes civiles »¹⁷¹. En dépit de certaines études ayant envisagé la notion d'amende civile de façon globale, l'obscurité entourant l'amende civile ne semble pas avoir été totalement levée et cette sanction conserve son aspect pointilliste et disparate¹⁷².

24. Les difficultés théoriques et pratiques. Les difficultés liées aux amendes civiles ont été particulièrement mises en lumière du fait de la proposition d'amende civile formulée dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile¹⁷³. Ces incertitudes sont regrettables, tant sur le plan théorique que pratique.

La difficulté pratique est évidente. Alors que les projets envisageant des amendes civiles, s'ils restent relativement peu nombreux, se multiplient, peu de règles générales s'appliquant à défaut de prévision expresse semblent prévues. De ce fait, si ces mécanismes devaient intégrer le droit positif, les difficultés et les atteintes à la sécurité juridique seraient nombreuses.

¹⁷⁰ Voir notamment : J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2016.1442, n° 47 et s. ; S. Carval, « Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modification », *JCP G* 2016, supplément au n° 30-35, p. 42.

et s. ; N. Rias, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? », *D.* 2016.2072, Ph. Brun, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *Lamy line Civil*, Septembre 2016, n° 28 ; M. Mekki, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *GP* 2016/22, p. 17 ; F. Graziani, « La généralisation de l'amende civile, entre progrès et confusions », *D.* 2018.428 ; M.-A. Chardeaux, « L'amende civile », *LPA* 2018/22, p. 6. Pour une approbation de la proposition du ministère, voir : G. Viney, « L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016.1378.

¹⁷¹ Civ., 4 mai 1931, concl. P. Matter, *GP* 1931.1.872.

¹⁷² M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 13 : s'appuyant sur une décision du Conseil d'État du 5 juillet 1985 (CE, Ass., 5 juill. 1985, req. n° 21893) l'auteur estime que « l'amende civile (de faible montant) n'[est] pas pénale ». *A contrario*, l'amende civile d'un montant important serait donc pénale ce que l'auteur explicite (n° 29) en démontrant que l'amende civile d'un montant élevé est répressive au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La pluralité des amendes civiles est plus sensible encore au sein de la thèse de M. GUÉTAT : à défaut de véritable définition de l'amende civile, l'auteur donne une liste alternative de critères d'identification (p. 92) puis dresse, matière par matière une liste des amendes qu'il considère comme civiles.

¹⁷³ Les réactions à l'avant-projet ont notamment mis en avant les incertitudes quant aux personnes pouvant demander le prononcé de l'amende civile ou quant au pouvoir du juge de la prononcer d'office.

D'un point de vue théorique, l'amende civile témoigne de façon particulièrement nette des difficultés qui peuvent exister à distinguer les responsabilités civile et pénale. En effet, si le caractère non pénal des amendes civiles a parfois pu être expressément affirmé¹⁷⁴, la justification de cette affirmation semble incertaine. En ce qu'elle ne vise pas à replacer la victime d'un dommage dans la situation qui aurait été la sienne si ce dommage n'était pas survenu, l'amende civile se démarque nettement des dommages et intérêts. Même si l'inverse a été soutenu¹⁷⁵, l'amende civile ne poursuit pas un objectif indemnitaire mais bien dissuasif, voire sanctionnateur¹⁷⁶. En outre, en tant qu'amende, elle bénéficie au Trésor et non à une éventuelle victime du comportement illicite¹⁷⁷. Sa proximité avec les sanctions pénales est alors évidente, bien davantage encore qu'en ce qui concerne les dommages et intérêts punitifs. Si les dommages et intérêts punitifs, et plus généralement les peines pécuniaires privées, ne diffèrent « de la peine pécuniaire prononcée par le juge répressif que par [leur] attribution à une personne privée »¹⁷⁸, qu'écrire alors au sujet de l'amende civile ? La distinction de l'amende civile d'avec les sanctions pénales pécuniaires ne saurait en effet se fonder sur une différence d'attributaire du produit de la sanction.

25. Amendes civiles, amendes pénales, amendes administratives. Par ailleurs, les obstacles pour distinguer les amendes civiles d'autres mécanismes proches ne concernent pas uniquement les amendes pénales. Certaines interrogations peuvent notamment émerger quant à la distinction des amendes civiles et une autre catégorie d'amendes extra-pénales, les amendes administratives¹⁷⁹.

¹⁷⁴ CE, Ass., 5 juill. 1985, préc., Confédération Générale du Travail et Confédération Française Démocratique du Travail ; comm. J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1986.170, spéc. p. 172 et s. ; S. Guinchard et T. Moussa, *G.P.* 1985.2.742 ; concl. P.-A. Jeanneney, *JCP* 1985, II 20478 ; obs. L. Richier, *AJDA* 1985.626.

¹⁷⁵ Cf *infra*, n° 47.

¹⁷⁶ Y. Mayaud, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 473 et s, spéc. p. 483 : « [Le droit pénal] n'a pas l'exclusivité de la punition, et nombre de disciplines juridiques connaissent des mesures très fortes, qui ne peuvent s'apparenter à une nullité, à un défaut d'opposabilité, ou à une indemnité compensatoire. Elles s'en distinguent par une pression marquée, sans pour autant franchir le seuil de la ... répression pénale. Ainsi de l'amende civile (nous soulignons) réservée à certains manquements ».

¹⁷⁷ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Amende ».

¹⁷⁸ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2017. n° 4 ; Dans le même sens : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 61.

¹⁷⁹ Les difficultés de distinction entre amende civile et administrative sont particulièrement visibles lorsqu'il est affirmé que l'amende civile est une amende administrative : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 193.

Les amendes civiles, pénales et administratives présentent certaines différences immédiatement perceptibles, à commencer par le juge qui les prononce¹⁸⁰. Cependant, elles sont surtout marquées par de très grandes similitudes quant à leurs finalités, leurs modalités voire quant aux comportements visés par ces sanctions. Il n'est ainsi qu'à considérer les articles L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, devenu L. 442-1, I, 2° du même code¹⁸¹, et L. 212-1 du Code de la consommation. Ces dispositions envisagent des comportements largement similaires, sommairement la stipulation d'une clause contractuelle créant un déséquilibre significatif. Pourtant, le premier est assorti d'une amende civile alors que le second peut être sanctionné par une amende administrative¹⁸². Ces éléments de convergence renforcent alors la confusion entre les différentes catégories d'amendes¹⁸³.

26. La diversité des amendes civiles. L'importance des disparités entre les différentes manifestations de l'amende civile constituent incontestablement l'un des principaux facteurs expliquant l'obscurité de la notion¹⁸⁴. Cette diversité semble d'ailleurs compréhensible : elle est le fruit de la façon empirique dont s'est construite puis a évolué la notion. Loin de constituer les manifestations d'une construction intellectuelle cohérente, la notion d'amende civile résulte du rapprochement de mécanismes ponctuels, consacrés avant tout en raison de considérations pratiques¹⁸⁵.

27. Il s'ensuit une réelle difficulté à cerner la notion d'amende civile, ne serait-ce que dans sa définition. Paul MATTER, en 1931, évoquait déjà les problèmes conceptuels que soulève cette amende¹⁸⁶. Citant la présentation de GARRAUD selon laquelle « L'amende est en principe pénale, à moins qu'il résulte expressément ou implicitement de la loi que le fait pour lequel elle est prononcée n'est pas une infraction », MATTER conclut que « cela ne veut pas dire grand 'chose ». Il reprend

¹⁸⁰ Encore que cette différence doive en certains cas être nuancée. Cf *infra*, n° 84.

¹⁸¹ Ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019, art. 2. Sur la compréhension de cette disposition, voir notamment : E. Kerguelen, *Les pratiques restrictives*, Concurrences, Paris, 2015, n° 678 et s. et 774 et s.. On peut d'ailleurs remarquer qu'un des comportements sanctionnés sur le terrain de l'amende civile antérieurement à l'ordonnance, le défaut de communication des conditions générales de ventes anciennement visé à l'article L. 442-6, I 9°, fait désormais l'objet d'une amende administrative. Voir par exemple : L. Vogel, J. Vogel, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ contrat* 2019.208, n° 2.1.1.4.

¹⁸² C. conso., art. L. 241-2.

¹⁸³ Voir déjà : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004, p. 100 : « l'amende n'[a] pas véritablement de spécificité "pénale". Elle [...] est] aussi à l'occasion, sanction administrative, civile ou disciplinaire ».

¹⁸⁴ P. Matter, *loc. cit.*.

¹⁸⁵ Cf. *infra*.

¹⁸⁶ P. Matter, *loc. cit.*.

également une définition de l'amende civile que GUÉTAT¹⁸⁷, tout en la critiquant, présente comme « suivie la plupart du temps » : « L'amende civile est celle qui sanctionne exclusivement les violations de la loi ne constituant ni crime, ni délit, ni contravention »¹⁸⁸. MATTER, se joignant à la critique de GUÉTAT, affirme qu'il s'agit d'« une pétition de principe, un pur cercle vicieux ». Cette définition peut, il est vrai, ne pas sembler satisfaisante : elle ne permet pas de comprendre en quoi ni pourquoi l'amende civile serait extraite du triptyque traditionnel des infractions pénales. De surcroît, comme le remarque GUÉTAT, « la solution de la difficulté [qui consiste à opérer une distinction entre les amendes civiles et pénales] ne ressort [...] point directement de la définition ci-dessus donnée, puisqu'il s'agit précisément de savoir si l'amende édictée en termes généraux dans un cas déterminé a transformé dans ce même cas le fait en infraction conformément au droit commun, ou s'il lui a, au contraire, exceptionnellement laissé son caractère non délictueux »¹⁸⁹. Il nous semble pourtant qu'il faut se garder d'être trop critique de cette définition : si elle doit se tenir à un niveau élevé de généralité, et donc manquer de précision, c'est dans une large mesure en raison de la grande diversité des amendes civiles et de leur régime. De fait, si GUÉTAT propose des critères alternatifs d'identification de l'amende, il ne se risque pas à proposer une définition formelle de celle-ci.

28. Les définitions usuelles de l'amende civile. Cette question ne semble pas avoir été totalement résolue. Deux définitions sont principalement retenues de l'amende civile. Le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant la définit comme l'« Amende édictée par la loi civile (ou assimilable, ex. loi d'enregistrement) et prononcée par une juridiction civile (sans aucun des effets attachés par le Droit pénal aux peines pécuniaires) qui sanctionne en général, soit le fait de se soustraire à une charge publique ou civique (charge de tutelle, C. civ., art. 388-3, 417, devoir de concours au service de la justice, C. civ. art. 10, CPC, art. 207 contre un témoin défaillant), soit l'usage contestable d'une voie de droit (exercice abusif ou dilatoire d'une voie de recours, CPC, art. 581 ; fait de succomber dans une demande en faux, en

¹⁸⁷ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 85.

¹⁸⁸ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, L. Larose, Paris, 1881, n° 459 : cette conception de l'amende civile est manifestement suivie par l'auteur lorsqu'il écrit « Pour que l'amende ait le caractère d'une peine, il faut qu'elle soit prononcée à raison d'une infraction proprement dite, c'est-à-dire d'un crime, d'un délit, d'une contravention. En cela, les amendes répressives se distinguent des amendes civiles et de procédure dont nos lois nous offrent tant d'exemples ... ».

¹⁸⁹ *Ibid.*

vérification d'écriture, en récusation, etc. CPC, art. 295, 305, 353¹⁹⁰) ; ces dernières sont parfois nommées amende de procédure »¹⁹¹. Pour sa part, Madame BÉHAR-TOUCHAIS la définit comme « [Une amende] 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 »¹⁹².

29. L'adoption d'une définition temporaire. Ces définitions présentent plusieurs points de divergence¹⁹³. La principale différence entre ces deux définitions réside dans le fait que la définition retenue par le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant insiste sur le caractère civil de la loi édictant l'amende et de la juridiction la prononçant, là où la définition de Madame BÉHAR-TOUCHAIS reste plus évasive. Cette seconde définition, si elle semble alors moins précise, apparaît pourtant préférable.

En premier lieu, en effet, une étude, même rapide, des différents cas d'amende civile conduit à constater qu'il est *a minima* incertain d'affirmer que celles-ci sont systématiquement prévues par une loi civile¹⁹⁴. Il en est pour preuve les amendes civiles édictées par le Code de procédure pénale¹⁹⁵, texte dont la nature civile est loin d'être évidente : s'il s'agit de règles de procédure et non de droit pénal substantiel, il faut cependant noter que la procédure pénale constitue une composante à part entière du droit pénal¹⁹⁶. Il semble ainsi difficile, voire totalement artificiel, de considérer que ces textes qui organisent l'introduction de l'instance devant la juridiction pénale sont de nature civile.

En second lieu, il n'est pas nécessairement exact de considérer que les amendes civiles sont toutes prononcées par une juridiction civile. Il s'agit pourtant d'un critère retenu par la définition du vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant. Selon

¹⁹⁰ Article modifié par : Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile, art. 2. Voir désormais CPC, art. 348.

¹⁹¹ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° « Amende civile ».

¹⁹² M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 4 ; voir pour une définition proche mais limitant la compétence à celle du juge civil : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 128.

¹⁹³ S. Schiller, « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », *JCP E* 2015 1399, n° 5.

¹⁹⁴ L'expression présente une certaine incertitude. Celle-ci peut être comprise comme désignant une loi s'inscrivant dans une des matières classiquement identifiées comme civiles. C'est dans ce sens que nous interprétons l'expression pour montrer son inexactitude. Celle-ci pourrait toutefois être comprise comme signifiant que le texte édictant l'amende ne procède pas à une incrimination pénale. Comprise ainsi l'expression rejoint la définition proposée par Mme Béhar-Touchais.

¹⁹⁵ Sur le caractère paradoxal de ces amendes : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 194.

¹⁹⁶ J. Pradel, *Droit pénal général*, Éditions Cujas, Paris, 21^e éd., 2014, n° 49. L'auteur présente la procédure pénale parmi « les branches traditionnelles du droit pénal ».

cette définition, ce sont les juridictions civiles qui prononcent l'amende civile, tandis que Madame BÉHAR-TOUCHAIS attribue cette compétence aux juridictions de l'ordre judiciaire. Il est vrai que plusieurs amendes prononcées par des juridictions pénales peuvent également laisser planer un doute quant à leur caractère pénal ou civil¹⁹⁷. Ce doute est nettement plus prononcé en ce qui concerne les amendes civiles. S'agissant des amendes du Code de procédure pénale, même si ces dernières ne sont applicables qu'à l'action civile, la qualité de juridiction civile du juge d'instruction, de la chambre de l'instruction ou du tribunal correctionnel mérite d'être discutée¹⁹⁸. Il serait toutefois erroné d'affirmer que les amendes du Code de procédure pénale, introduites tardivement et avec un mimétisme certain avec les amendes de procédure civile, ont créé une situation sans précédent venant ainsi briser ce qui constituait jusque-là un élément d'unité des amendes civiles. En réalité, dès le début du XX^{ème} siècle, certains auteurs affirment que si par principe l'amende civile est liée à la compétence civile des juridictions la prononçant, tel n'est pas toujours le cas¹⁹⁹.

Pour ces différentes raisons, c'est la définition de l'amende civile proposée par Madame BÉHAR-TOUCHAIS qui sera, au moins dans un premier temps, retenue. Il est toutefois manifeste que cette façon de définir l'amende civile est extrêmement proche de celle dont GUÉTAT et MATTER critiquait la faiblesse. Le fait qu'en près de cent ans les difficultés à définir l'amende civile n'aient, semble-t-il, en rien été résolues est saisissant. L'analyse de l'apparition et de l'évolution de ces amendes permettra de dresser une typologie des amendes civiles (§I) pour en dégager les tendances et les fondements, qui seront les supports d'un essai de définition de l'amende civile (§II).

§I – La typologie des amendes civiles.

30. Une multiplication désordonnée des amendes civiles. Le mouvement d'expansion des amendes civiles, pour être moins important que celui des amendes administratives, est certain. Ce mouvement se traduit tant par une extension des domaines concernés par des amendes civiles que par l'augmentation du montant des

¹⁹⁷ M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », *JCP* 1950 I 886, n° 9.

¹⁹⁸ Cf. *infra*, n° 0.

¹⁹⁹ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 148. Par ailleurs l'auteur s'attache également à montrer que la loi qui prévoit une amende civile n'est pas nécessairement civile (p. 92).

sanctions édictées. Le constat s'impose toutefois que le développement des amendes civiles ne s'accompagne pas d'un mouvement d'unification. Cette diversité des amendes civiles est sans doute largement liée à leurs origines. C'est ainsi l'apparition et le développement de l'amende civile (A) qui permettent de mieux comprendre les manifestations contemporaines de l'amende civile (B).

A – L'apparition et le développement de l'amende civile.

31. Des origines incertaines. À l'image de l'ensemble de la notion, la genèse de l'amende civile présente une certaine obscurité, qui résulte d'un mouvement de va-et-vient entre le législateur, la jurisprudence et la doctrine. Ce mouvement a conduit à dégager, puis à officialiser, une catégorie d'amende d'un genre particulier. Le législateur a eu un rôle d'impulsion manifeste dans la création des amendes civiles. Seul à même d'édicter des amendes, que celles-ci soient pénales ou civiles²⁰⁰, c'est principalement de sa volonté, expresse ou tacite, d'édicter des amendes échappant plus ou moins largement au droit pénal, que la jurisprudence et la doctrine²⁰¹ ont tenté de dégager les éléments de qualification des amendes civiles.

L'identification des amendes civiles est évidemment facilitée quand le législateur les qualifie expressément comme telles. Si, en 1908, un auteur constatait qu'aucune loi ne qualifiait expressément une amende de civile²⁰², quelques années plus tard l'expression « amende civile » fut employée par le législateur²⁰³. La notion d'amende civile n'est cependant pas apparue avec l'emploi de l'expression par le législateur. Certes, avant le début du XX^{ème} siècle, aucune amende n'est expressément qualifiée de civile par la loi, toutefois certaines amendes, du fait de leurs différences avec les amendes généralement prononcées en réponse à la commission d'une

²⁰⁰ Sur la question de la réparation de compétence entre les pouvoirs législatif et réglementaire : *infra*, n° 621.

²⁰¹ Ainsi, au sein des quatre critères d'identification des amendes civiles que donne GUÉTAT, le premier est l'attribution expresse par la loi de la compétence aux tribunaux civils, et les deux derniers, le fait que l'amende soit de procédure ou concerne des formalités, le caractère civil de l'amende est affirmé sous réserve de la volonté contraire du législateur : M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 92

²⁰² M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 88.

²⁰³ Voir par exemple : La loi du 1^{er} avril 1926 sur les loyers des locaux d'habitation, art. 7, 14, 21 et 25. Voir aussi la loi portant fixation du budget général de l'exercice 1928, art. 14, JORF du 28 décembre 1927, p. 13069 : cet article majore les amendes « à l'exception des amendes qualifiées par la loi d'amendes civiles ». Cette formulation est au demeurant surprenante car si plusieurs amendes civiles étaient connues en 1927, très peu étaient légalement qualifiées comme telles, sauf à considérer que l'attribution par la loi du prononcé de l'amende à une juridiction civile constituait une qualification légale d'amende civile.

infraction pénale, ont pu être abstraites du champ du droit pénal et être rapprochées les unes des autres²⁰⁴.

32. Dès le début du XIX^{ème} siècle, plusieurs amendes présentaient des caractéristiques rappelant celles des amendes actuellement qualifiées de civiles et ont pour cela été analysées ensemble par la doctrine. Une énumération systématique de ces amendes, dans l'étude que nous proposons, serait redondante ; il existe sur ce point plusieurs travaux²⁰⁵. L'idée est davantage de concentrer nos propos sur les aspects les plus instructifs concernant l'apparition et l'évolution d'amendes présentant un caractère civil. Après avoir déterminé les principaux cas d'amendes présentant historiquement un caractère civil²⁰⁶ (1), il sera possible de s'attacher à la présentation des différentes analyses doctrinales (2).

1 – La détermination des amendes présentant historiquement un caractère civil.

33. Au sein des ouvrages qui les regroupent, les amendes qui présentaient au XIX^{ème} siècle un caractère civil sont présentées tantôt en fonction de leur source, tantôt en fonction de la matière au sein de laquelle elles s'insèrent. Au sujet de ces amendes historiques, certaines sont généralement qualifiées de civiles (a), tandis que d'autres présentent une nature incertaine (b).

a – Les amendes généralement qualifiées de civiles.

²⁰⁴ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Bureau de la jurisprudence générale, t. 35, Paris, 1855, not. Peine, n° 734 et s. : les auteurs opposent « l'amende en matière civile » et l'amende en matière criminelle.

²⁰⁵ Voir Ph.-A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, H. Tarlier, t. 4, Bruxelles, 4^{ème} éd., 1829, spéc. Conscrit, § III, p. 188 et s. : dans le cadre d'une question sur les amendes qui sont prononcées par les tribunaux civils, l'auteur évoque les amendes de procédure civile, de timbre, d'enregistrement, de douane pour le contrevenant à certaines dispositions de la loi du 22 août 1791 et s'interroge sur l'amende alors applicable aux conscrits réfractaires. ; D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, loc. cit., n° 735 à 742 : cet article dresse une liste d'amendes qualifiées « d'amende en matière civile ». Pour un inventaire détaillé au début du XX^{ème} siècle : M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 93 à 127 ; A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, A. Cotillon et Cie, Deuxième fascicule, Paris, 1881, n° 436 bis.

²⁰⁶ Cette expression sera employée afin d'éviter l'emploi de l'expression amende civile lorsque le législateur, la jurisprudence ou les auteurs ne l'employaient pas eux-mêmes.

34. Deux ensembles d'amendes méritent particulièrement d'être envisagées, en fonction de leur source : celles qu'édicteait le Code civil (i) et celles qu'édicteait le Code de procédure civile (ii).

i – Les amendes édictées par le Code civil.

35. De façon unanime, il semblait admis que des amendes présentant un caractère civil étaient prévues par le code du même nom. On peut ainsi mentionner l'amende prévue en 1804 par l'article 413 du Code civil pour le parent qui, malgré une citation du juge de paix, ne participe pas au conseil de famille²⁰⁷. Il en est de même des amendes originellement prévues aux articles 2202 et 2203 du Code civil en cas de non-respect par les conservateurs des hypothèques de formalités prévues aux articles précédents²⁰⁸. Ce sont toutefois principalement les amendes prononcées à l'encontre des officiers d'état civil qui retiennent l'attention.

36. Les amendes prononcées à l'encontre des officiers d'état civil. Ces amendes ont été l'objet de diverses incertitudes, concernant notamment l'identification des amendes du Code civil qu'il convenait de traiter comme des amendes pleinement pénales et celles qui devaient suivre un régime particulier.

Naguère, les auteurs ne s'accordaient pas sur la liste des amendes du Code civil, prononcées à l'encontre des officiers d'état civil, présentant un caractère civil²⁰⁹. Il eut été difficile de le leur reprocher du fait de l'imprécision des qualifications législatives et des divergences entre les décisions des différentes juridictions. L'article 192 du Code civil est, de ce point de vue, symptomatique. Alors que certaines présentations en faisaient une amende présentant un caractère civil²¹⁰, d'autres lui attribuaient un caractère strictement pénal²¹¹. Cette seconde analyse trouvait un soutien dans la jurisprudence qui affirmait la compétence des juridictions pénales pour prononcer les amendes du Code civil dont la compétence n'était pas expressément attribuée aux

²⁰⁷ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 106 : l'auteur justifie le caractère civil de cette amende, prononcée par le juge de paix, parce qu'elle sanctionne selon lui un devoir de procédure.

²⁰⁸ Ces amendes furent portées aux articles 2455 et 2456 du Code civil par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 avant d'être abrogée par l'ordonnance n° 2010-638 du 10 juin 2010.

²⁰⁹ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 86.

²¹⁰ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., t. 35, Paris, 1855, not. Peine n° 736.

²¹¹ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, loc. cit..

juridictions civiles²¹². Or, aucun texte ne conférait au juge civil compétence pour prononcer l'amende prévue à l'article 192 du Code civil.

Pourtant, la loi n° 46-2154 du 7 octobre 1946 portant ouverture et annulation des crédits sur l'exercice 1946²¹³ modifiait par son article 38 le taux de différentes amendes dont celles « prévues par les articles 50, 68, 192, 251 et 2148 du code civil ». Or, le dixième point de l'article disposait que « Les nouveaux taux d'amendes civiles édictés par le présent article sont applicables aux faits, actes ou omissions postérieurs à la publication de la présente loi ». Le législateur venait-il d'admettre que l'article 192 édictait une amende civile ? Une réponse positive n'est pas si évidente. En effet, deux lectures peuvent *a priori* être retenues de cet article.

Une lecture restrictive consisterait à comprendre que parmi les amendes dont l'article de loi modifie le taux, la disposition transitoire que prévoit le dixième point ne s'applique qu'à celles qui sont civiles. Ce n'est cependant pas la lecture qu'a, sans doute à raison, retenue la majorité des auteurs²¹⁴.

Une lecture extensive consiste alors à comprendre que le législateur avait, par ces termes, expressément affirmé la nature civile des amendes mentionnées au sein de l'article. Cette prise de position du législateur n'a cependant pas conduit à une évolution de la jurisprudence. La Cour de cassation décida au sujet de l'amende édictée à l'article 68 du Code civil, pourtant visée par l'article 38 de la loi du 7 octobre 1946, qu'elle relevait de la compétence des juridictions pénales, tout en réaffirmant que la compétence du juge civil pour prononcer une amende devait être expresse²¹⁵. Cette contradiction, au moins apparente, entre le législateur et la Cour de cassation n'a pu qu'ajouter à la confusion qui entoure les amendes civiles. Plusieurs auteurs ont toutefois remarqué que la Cour de cassation ne s'était pas prononcée sur le caractère pénal ou civil de cette amende²¹⁶, concluant alors parfois que l'amende de l'article 68 du Code civil est une amende civile prononcée par les juridictions pénales²¹⁷.

²¹² Toulouse, 1^{er} févr. 1898, *D.* 1900.2.29.

²¹³ *JORF* des 6 et 7 octobre 1946

²¹⁴ J. Magnol, note sous *Crim.*, 23 nov. 1949 et Montpellier Chambre correctionnelle 22 nov. 1949, *JCP* 1950, II 5615 ; A. Rouast, note sous *Crim.*, 23 nov. 1949, *D.* 1950.2.41 ; G. Marty et P. Raynaud, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, Paris, 3^{ème} éd., 1976, n° 781.

²¹⁵ *Crim.* 23 nov. 1949, J. Magnol, note sous *Crim.*, 23 nov. 1949 et Montpellier Chambre correctionnelle 22 nov. 1949, art. préc. ; A. Rouast, note sous *Crim.*, 23 nov. 1949, art. préc.. Suit logiquement le sort de cette amende la sanction édictée, depuis la loi n° 2018-778 du 10 septembre 2018 pour une immigration maîtrisée, un droit d'asile effectif et une intégration réussie, par l'article 316-2 du Code civil.

²¹⁶ J. Magnol, note sous *Crim.*, 23 nov. 1949 et Montpellier Chambre correctionnelle 22 nov. 1949, art. préc. ; M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », art. préc..

²¹⁷ M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », art. préc..

37. Les amendes similaires. Les amendes applicables aux officiers d'état civil et aux conservateurs des hypothèques peuvent être rapprochées de certaines amendes édictées par d'autres codes, en ce que ces dernières sanctionnaient des manquements aux obligations liées à une charge²¹⁸. On peut citer le cas de l'amende que prévoyait l'article 244 du Code de procédure civile comme sanction de l'obligation imposée aux greffiers de respecter certaines règles afférentes à leur charge²¹⁹. Il en allait encore ainsi de l'amende édictée par le Code de commerce de 1807²²⁰ à l'encontre du notaire n'ayant pas transmis le contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant « aux greffes et chambres », ainsi que des amendes prévues par de nombreuses lois spéciales contre des officiers ministériels en raison de l'« inaccomplissement de formalités requises dans leurs actes mêmes ou pour manquement à un devoir de fonction »²²¹.

ii – Les amendes édictées par le Code de procédure civile.

38. Une autre source importante d'amendes présentant un caractère civil relève de la procédure civile²²². Les amendes de procédure constituent d'ailleurs peut-être, même si elles ont été depuis substantiellement modifiées, la manifestation la plus ancienne d'amendes civiles. Ainsi, dans ses conclusions sous l'arrêt du Conseil d'État du 5 juillet 1985²²³, le commissaire du Gouvernement rattachait les amendes civiles du nouveau Code de procédure civile à celles prévues par l'ordonnance d'Aguesseau du

²¹⁸ Ces amendes n'étaient cependant pas nécessairement comprises comme ayant un caractère disciplinaire au sens technique : P. de Loynes, « Sur l'article 50 du Code civil », *D.* 1893.1.305 : l'auteur explique, d'une part, qu'une sanction disciplinaire doit atteindre la personne visée dans l'exercice de sa profession ou éventuellement dans ses droits mais pas dans son patrimoine, d'autre part que la sanction disciplinaire doit réprimer des faits portant atteinte à la considération d'un corps, ce qui ne saurait selon lui exister pour les officiers d'état civil disséminés à travers le territoire. *Contra* : B. Bouloc, *droit pénal général, Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 26^{ème} éd., 2019, n° 33.

²¹⁹ En raison de la matérialité du comportement réprimé, cette amende se rapproche davantage de celles édictées par le Code civil que par les sanctions de comportements procéduraux inscrites au sein du Code de procédure civile.

²²⁰ Art. 68. Voir également jusqu'au 1^{er} octobre 2004 l'article 136 du Code de procédure pénale.

²²¹ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 101 et s.. Voir également l'article 53 de la loi du 5 ventôse an XI, applicable aux notaires, au sujet de laquelle la chambre criminelle de la Cour de cassation avait affirmé qu'elle était « purement civile » : *Cf infra*, note n° 2911.

²²² De façon erronée, le rapport d'information du Sénat sur la responsabilité civile indique d'ailleurs que « le champ d'application de ces sanctions est actuellement circonscrit, puisque celles-ci ne concernent que les condamnations pécuniaires, fixées par le juge au cours d'un procès civil, contre celui qui agit en justice de manière dilatoire ou abusive » (A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, Sénat, n° 558, enregistré à la présidence du Sénat le 15 juill. 2009, p. 86).

²²³ Concl. P.-A. Jeanneney, *JCP G* 1985, II 20478.

28 juin 1738 prévoyant une amende de 300 livres qui devait être consignée lorsque l'affaire était portée en cassation. Cette amende était automatique et ne pouvait être remise qu'en cas de rejet. En réalité, les amendes de procédure civile peuvent être rattachées à des mécanismes plus anciens encore. Déjà l'ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667, qui s'inspirait elle-même de dispositions plus anciennes²²⁴, prévoyait des amendes obligatoires pour l'appelant débouté ou pour celui qui échouait dans le cadre d'une requête civile²²⁵. Ces amendes furent largement reprises par le Code de procédure civile en 1806 qui, s'il en conserva certains traits, comme le caractère obligatoire des amendes en question²²⁶, modifia d'autres aspects importants mettant notamment fin à la répartition du produit de l'amende entre le Trésor et la partie « victime » du recours.

Sur la quinzaine d'amendes qu'édicte le Code de procédure civile, certaines apparaissent comme la sanction du manquement à des devoirs imposés par la loi dans le cadre des procédures judiciaires. Il en est ainsi de l'obligation de comparution des parties²²⁷, l'obligation pour les témoins de se présenter devant la juridiction²²⁸ ou encore l'interdiction pour les parties d'interrompre les témoins dans leurs dépositions²²⁹. D'autres amendes constituaient la sanction d'attitudes procédurales « trop combati[ves] »²³⁰.

39. Le débat sur la nature pénale ou civile de certaines amendes. Comme pour les amendes prévues par le Code civil, certaines amendes du Code de procédure civile prêtent à discussion. À titre d'illustration, l'amende anciennement prévue par l'article 10 du Code de procédure civile doit particulièrement retenir l'attention. Cet article disposait que :

« Les parties seront tenues de s'expliquer avec modération devant le juge, et de garder en tout le respect qui est dû à la justice. Si elles y manquent, le juge les y rappellera d'abord par un avertissement ; en cas de récidive, elles pourront être

²²⁴ Ph. Bornier, *Conférences des ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre avec les anciennes ordonnances du royaume, le Droit écrit et les arrêts*, t. 1, Paris, 1755, p. 343. Pour un parallèle avec l'amende d'un dixième existante en droit romain : G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile*, *op. cit.*, n° 4.1.

²²⁵ Ordonnance de Saint-Germain-en-Laye de 1667, Titre 35, art. 39.

²²⁶ Ce caractère obligatoire ressort principalement de l'article 1029 de l'ancien Code de procédure civile qui disposait : « Aucune des nullités, amendes et déchéances prononcées dans le présent Code n'est comminatoire ».

²²⁷ CPC de 1806, art. 56.

²²⁸ *Ibid*, art. 263 et 264.

²²⁹ *Ibid*, art. 276.

²³⁰ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 93.

condamnées à une amende qui n'excèdera pas dix francs, avec affichage du jugement [...] ».

Cette amende se démarque nettement des amendes de procédure civile du Code de 1806²³¹.

D'une part, l'expression « pourront être condamnées » semble impliquer une certaine marge de liberté laissée au juge quant au principe-même du prononcé de l'amende, là où les autres articles du Code prévoyant des amendes employaient l'expression « sera condamné(e) »²³² ou des expressions équivalentes²³³ plus compatibles avec le caractère obligatoire des amendes du code que prévoyait l'article 1029. Cette liberté pourrait d'ailleurs éventuellement s'expliquer parce que, contrairement aux autres amendes du Code, celle-ci ne reposait pas sur un constat objectif, tel l'admission ou le rejet d'une voie de recours, mais sur des faits nécessitant une réelle appréciation : le respect avec lequel se comportent les parties.

D'autre part, et surtout, il a été affirmé que l'amende que prévoyait l'article 10 du Code de procédure civile constituait une véritable amende pénale, exceptionnellement prononcée par le juge civil. Cette affirmation s'appuyait sur deux arguments²³⁴. Premièrement, la matérialité du comportement visé par cet article est proche de celle de l'ancien article 222 du Code pénal qui réprimait l'outrage envers les magistrats d'une peine d'emprisonnement d'un mois à deux ans. Deuxièmement, il a été souligné que cette amende pouvait être prononcée « en même temps que l'emprisonnement, sanction essentiellement pénale, et par le même jugement »²³⁵. Il convient en effet de souligner les liens étroits qui unissaient les articles 10 et 11 (article qui prévoyait la possibilité pour le juge civil « en cas d'insulte ou d'irrévérence grave » de prononcer « un emprisonnement de simple police »²³⁶) du Code de procédure civile de 1806²³⁷, le second pouvant apparaître comme la répression particulière des manifestations les plus graves des comportements visés par le premier. Pour autant, il

²³¹ Par ailleurs, on peut souligner que l'actuelle amende pour abus du droit d'agir en justice, édictée à l'article 32-1 du Code de procédure civile, ne saurait jouer un rôle similaire. La Cour de cassation a ainsi considéré que le fait pour le mandataire d'une partie d'avoir « à la suite de la décision, tenu des propos jugés injurieux envers le tribunal » était impropre à caractériser l'abus du droit d'agir en justice : Com., 28 janv. 2003, n° 00-11.109.

²³² CPC de 1806, art. 56, 213, 246, 263, 264, 390, 471, 479, 500 (cet article emploie le terme « condamnera »), 513 et 516.

²³³ L'article 276 employait ainsi l'expression « à peine de ».

²³⁴ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 93.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ J. Loqué, op. cit., p. 181

²³⁷ Il est à ce sujet intéressant de remarquer que les articles 10 et 11 du Code de procédure civile de 1806 ont été discutés ensemble lors des travaux préparatoires du Code : J. Loqué, loc. cit..

s'agit bien de textes d'incrimination distincts et la nature pénale de l'amende que prévoyait l'article 10 n'est pas aussi évidente que ce qui a été affirmé.

Ainsi, que cette qualification soit intentionnelle ou qu'elle procède d'une simple absence de distinction entre les différentes amendes du Code de procédure civile, le législateur a expressément qualifié, en 1946, l'amende en question de civile²³⁸. Néanmoins, contrairement aux amendes applicables aux officiers d'état civil, la question ne présente plus qu'un intérêt purement historique, cette amende n'ayant pas été reprise au sein du nouveau Code de procédure civile.

b – Les amendes présentant une nature incertaine.

40. Les controverses quant à la nature de certaines amendes, l'exemple des amendes douanières. D'autres amendes ont également pu être rapprochées de celles déjà évoquées, par exemple en matière d'enregistrement, de timbres, de répertoire ou encore de vente mobilière²³⁹. Elles n'ont toutefois pas retenu la même attention que les amendes applicables aux officiers d'état civil ou que les amendes de procédure civile.

En revanche, certains domaines ont donné plus largement lieu à des désaccords quant à la nature des amendes venant sanctionner les manquements aux règles qui y étaient édictées. Ces désaccords semblent avoir été particulièrement concentrés sur des domaines présentant un aspect fiscal. Un cas au moins mérite d'être évoqué : celui des amendes en matière de douane. Certes, les amendes de douane ou fiscales ne sont pas actuellement qualifiées d'amendes civiles. Cependant, un rapide exposé des interrogations qui ont pu exister à une époque où la notion d'amende civile n'avait pas clairement émergé est de nature à éclairer sur les éléments avancés naguère pour distinguer responsabilité civile et responsabilité pénale, réparation et punition.

²³⁸ Cette qualification résulte notamment de l'article 38 de la loi n° 46-2154 du 7 octobre 1946 portant ouverture et annulation de crédits sur l'exercice 1946. Parmi les amendes que le dixième point de l'article qualifie de civiles se trouve, au quatrième point celle prévue par l'article 10 du Code de procédure civile.

²³⁹ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., t. 35, Paris, 1855, not. Peine n° 741 ; M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 115.

41. Certains auteurs n'hésitaient pas à rapprocher les amendes édictées en matière de douane des autres amendes présentant un caractère civil²⁴⁰. D'autres affirmaient à l'inverse qu'il s'agissait purement et simplement d'amendes pénales²⁴¹.

Au soutien de la première analyse, retenant le caractère civil des amendes douanières, des arguments tirés du régime des amendes en cause ont pu être invoqués. Le caractère essentiellement indemnitaire de l'amende a ainsi été affirmé, notamment en raison de l'application de règles propres à la responsabilité civile et normalement incompatible avec celles de la responsabilité pénale²⁴². Le Répertoire de la jurisprudence générale évoque ainsi des arrêts de la chambre criminelle du 6 juin 1811²⁴³ et du 5 septembre 1828 dans lesquels, concernant des amendes de douane, la haute juridiction avait admis le jeu de la responsabilité des parents du fait de leur enfant²⁴⁴. D'une façon similaire, l'article 20 du titre 13 de la loi du 22 août 1791 rendaient les commettants propriétaires de marchandises responsables du fait de leurs préposés, y compris en ce qui concerne les amendes, disposant même « les propriétaires des marchandises seront *responsables civilement* (nous soulignons) du fait de leurs facteurs [...] en ce qui concerne les droits, confiscations, *amendes* (nous soulignons encore) et dépens »^{245 246}. À cela, les auteurs défendant le caractère indemnitaire des

²⁴⁰ Ph.-A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, loc. cit. ; D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., t. 35, Paris, 1855, not. Peine n° 742 et t. 17, Paris, 1851, not. Douane n° 973.

²⁴¹ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, op. cit., n° 459 et 465 : l'auteur rattache le caractère pénal des amendes de douane à leur prononcé après constatation préalable de la culpabilité du délinquant, par opposition aux amendes de timbre et d'enregistrement.

²⁴² J. Brethe de la Gressaye, « Sur la responsabilité civile de l'amende pour le délit d'autrui », *Rev. crit.* 1924.297. Selon l'auteur, il faut voir dans ces mécanismes une responsabilité civile du fait d'amendes pénales. Il y aurait donc une erreur tant à voir dans ces mécanismes une responsabilité pénale du fait d'autrui (*Contra* : C. Villefranche, *De la responsabilité pénale du fait d'autrui*, Thèse, Dijon, 1911, p. 29 et 99.) qu'à considérer que les amendes en question constitueraient des réparations civiles (J. Brethe de la Gressaye, préc., p. 300 et 301).

²⁴³ Crim., 6 juin 1811, Bull. crim n° 83.

²⁴⁴ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit. t. 17, Paris, 1851, n° 1008 : le second arrêt relève « qu'en matière de douane les lois des 22 août 1791 et 4 germinal an 2 ont établi, comme règle spéciale, que la responsabilité des délits et contraventions s'étend aux amendes, comme aux autres condamnations civiles, et que la loi du 28 avril 1816, titre 5, article 56, par une disposition commune à la confiscation, aux -dommages-intérêts et aux amendes, range également tous ces objets dans la classe des condamnations purement civiles ». La Cour mentionne encore la compétence des juridictions civiles pour prononcer les amendes de douane qui découlait des articles 16 de la loi du 17 décembre 1814 et 14 de la loi du 27 mars 1817 et en déduit, au visa de l'article 1384 du Code civil, que « lorsqu'une contravention aux lois de douanes a été commise par un fils mineur demeurant chez son père, celui-ci en est, sous le rapport de l'amende, civilement responsable ».

²⁴⁵ A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., n° 436 : l'auteur tempère la portée à accorder à cette expression. Il propose d'y voir une maladresse de rédaction renvoyant en réalité à une opposition entre les sanctions pécuniaires et les sanctions privatives de liberté. P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, t. 1, Paris, 1963 n° 329 : de façon générale, l'auteur explique les règles de responsabilité du fait d'autrui concernant les textes adoptés sous le droit intermédiaire par le fait que le « législateur n'avait pas encore fait très distinctement la différence entre la responsabilité proprement pénale et la responsabilité civile ».

²⁴⁶ Les difficultés soulevées par ces amendes ne sont pas sans rappeler celles soulevées par les articles L. 121-2 et L. 121-3 du Code de la route, aux termes desquels le titulaire du certificat d'immatriculation est respectivement

amendes en cause ajoutaient que la compétence étendue des juges de paix pour prononcer les amendes de douane²⁴⁷ constituait un argument en faveur de leur caractère civil. S'ils reconnaissaient une inflation de la compétence des juridictions correctionnelles pour prononcer ces amendes, ils affirmaient que cette compétence demeurerait une exception, la compétence ordinaire étant celle du juge de paix²⁴⁸. Ce dernier point est toutefois contesté : GUÉTAT, s'appuyant pourtant sur les mêmes textes, affirme ainsi que les amendes de douane étaient par principe prononcées par les tribunaux répressifs²⁴⁹, la compétence reconnue au juge de paix pour prononcer certaines amendes en matière douanière répondant à un besoin particulier de proximité et de rapidité²⁵⁰ et ceux-ci agissant alors comme des tribunaux répressifs²⁵¹. À l'encontre de la reconnaissance du caractère indemnitaire des amendes de douane, on peut ajouter l'application de certaines règles propres à la matière pénale comme l'impossibilité de requérir l'amende contre les héritiers de l'auteur de l'infraction²⁵².

42. La notion d'amendes mixtes. L'ambiguïté quant au caractère des amendes douanières a conduit la jurisprudence²⁵³, ainsi qu'une partie de la doctrine, à

responsable des amendes de stationnement et de péages ou de celles pour excès de vitesse. Les atteintes que ces règles semblent porter au principe de personnalité des peines ont conduit la doctrine à s'interroger sur leur nature, y voyant parfois un cas de responsabilité mixte : G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 74-6. Voir également l'article L. 121-1, al.2 du même code qui dispose : « Toutefois, lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police prononcées en vertu du présent code sera, en totalité ou en partie, à la charge du commettant si celui-ci a été cité à l'audience ».

²⁴⁷ A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, n° 880.

²⁴⁸ A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, n° 881.

²⁴⁹ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 195 ; R. Garraud, *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, n° 459.

²⁵⁰ Arrêté du Directoire du 27 thermidor an IV.

²⁵¹ Civ., 26 avril 1863, S. 1865.1.276 : dans cet arrêt, la Cour de cassation réfute la position de la Cour d'appel qui consistait à prendre appui sur les articles 13 de la loi du 22 août 1791 et 56 de la loi du 28 avril 1816, lesquels prévoyaient que les propriétaires des marchandises étaient civilement responsables y compris pour l'amende, afin de considérer que les amendes de douane constituaient des réparations civiles. La haute juridiction affirme que ces articles ne règlent les effets des condamnations que vis-à-vis de ces derniers et n'influent en rien sur la situation des auteurs de l'infraction eux-mêmes.

²⁵² Ph.-A. Merlin, *Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery, t. 1, Paris, 4^{ème} éd., 1812, not. Amende §V, III. ; D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.* t. 17, Paris, 1851, n° 865 et 976. Pour un état actuel de l'ambivalence du régime des sanctions fiscales et douanières : B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Paris, t. 42, 2007, n° 106 et s..

²⁵³ Crim. 6 juin 1811, préc. ; Pour une réaffirmation récente du caractère mixte des amendes fiscales et douanières : Crim., 16 janv. 1995, n° 93-85.863, B. Boulloc, « Principe de proportionnalité ; domaine d'application », *RSC* 1995.812 : l'auteur critique la justification de l'exclusion du principe de proportionnalité en raison du caractère mixte de ces amendes dans la mesure où le régime de ces amendes semble donner la prédominance au caractère pénal. Voir également : Crim., 28 avr. 1997, n° 96-82.709, F. Macorig-Venier, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2013 (actualisation janv. 2020), n° 268 : « De manière plus surprenante, dès lors qu'elles engendrent des paiements de sommes d'argent, les actions en paiement d'amendes et pénalités prévues par certaines dispositions légales ne sont ni interrompues ni suspendues, au motif, selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, qu'elles ont le double caractère d'une peine et d'une réparation civile (à propos de l'amende et de la pénalité proportionnelle prévues par l'article 1791 du code général des impôts en matière de contributions indirectes ...) ».

proposer une position intermédiaire en qualifiant ces amendes d'amendes mixtes. Ainsi, les amendes de douane auraient été purement civiles du point de vue de l'administration pour laquelle elles présentaient un caractère indemnitaire²⁵⁴, expliquant ainsi le droit de poursuite direct²⁵⁵, ainsi que la possibilité de transiger qui lui étaient reconnue. À l'inverse, du point de vue du contrevenant, elles auraient constitué une réelle sanction pénale²⁵⁶. Cette position, qui fait désormais figure de conception classique, n'est cependant pas dépourvue de défauts. Une critique, qui perdure²⁵⁷, à l'encontre de cette présentation a été formulée par GARRAUD²⁵⁸ : le prononcé de l'amende laisse à l'administration la possibilité de demander la réparation du préjudice qu'elle a subi²⁵⁹. Il est, par conséquent, difficile de comprendre ce que pourrait venir indemniser l'amende dans l'hypothèse où l'administration douanière obtient, par ailleurs, réparation de son préjudice sur le fondement de dommages et intérêts.

Cette critique, tirée de l'admission que les dommages et intérêts et l'amende civile puissent être prononcés concomitamment, rend incontestablement plus difficile la qualification de réparation qui serait attachée à l'amende douanière. Cette critique n'est toutefois pas sans réponse. Il a notamment été avancé que l'amende aurait en réalité constitué une indemnité forfaitaire venant indemniser l'administration pour tous les contrevenants qui ne sont pas découverts²⁶⁰. Quoiqu'ingénieuse, cette réponse ne convainc pas. Elle méconnaît, en effet, l'exigence classique en matière de responsabilité civile d'un lien de causalité entre le fait générateur de responsabilité et le dommage. Elle revient à affirmer qu'une sanction pécuniaire forfaitairement appliquée à un individu en raison d'un dommage qu'il n'a pas causé²⁶¹ présente un

²⁵⁴ Voir E.-H. Labbé, *De l'amende en matière pénale et en matière fiscale*, thèse, Paris, 1894, cité par B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 176.

²⁵⁵ Alors qu'il était traditionnellement admis que l'administration des douanes exerçait une action civile, la Cour de cassation a affirmé qu'il s'agissait en réalité de l'action publique exceptionnellement exercée par cette administration : Crim., 6. nov. 1973, Bull. crim. n° 401 ; voir déjà : Crim., 5 juin 1880, D. 1881.I.494.

²⁵⁶ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 167.

²⁵⁷ C.-J. Berr, « Douanes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2009 (actualisation février 2017), n° 239 ; Également à l'encontre de la notion de la conception mixte des amendes de douane et fiscales : R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Éditions Cujas, Paris, 7^{ème} éd., 2000, n° 789. *Contra* : J.-Y. Lassalle, « Amende pénale – Jour amende », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2016 (actualisation juill. 2019), n° 8 ; pour une synthèse de l'état actuel de la question : B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 171 et s..

²⁵⁸ R. Garraud, *Précis de droit criminel*, op. cit., n° 465.

²⁵⁹ L'article 377 bis du Code des douanes disposant même en son 1 : « En sus des pénalités fiscales, les tribunaux ordonnent le paiement des sommes fraudées ou indûment obtenues ».

²⁶⁰ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 194.

²⁶¹ L'auteur de l'infraction ayant, par hypothèse, déjà indemnisé le préjudice qu'il est démontré avoir causé, les sommes supplémentaires qu'il peut être condamné à payer indemnisent nécessairement un préjudice qu'il n'a pas causé.

caractère indemnitaires. Il est certes précisé que ce caractère indemnitaires n'est perçu que du côté de l'administration, mais la dimension sanctionnatrice du mécanisme en cause l'emporte de beaucoup²⁶².

43. Un mécanisme aux origines tumultueuses. Il ressort ainsi de cette rapide étude des cas historiques d'amende civile une certaine impression de confusion. Si certaines amendes étaient unanimement perçues comme présentant un caractère civil, des désaccords demeuraient nombreux sur l'admission d'une telle qualification pour un ensemble de manifestations d'amende. Ces désaccords sont, du reste, compréhensibles.

D'une part, il est établi que certaines amendes présentaient des éléments de singularité par rapport aux amendes pénales classiques. Une spécificité – l'une des plus visibles – tenait notamment à la compétence des juridictions civiles pour prononcer certaines des amendes dont la nature civile posait question. Ces singularités conduisaient à rapprocher un certain nombre de manifestations d'amende. Toutefois, l'importance et la nature de ces singularités prêtaient à discussion, entravant ainsi l'émergence d'une notion claire d'« amende civile ». Pour le dire autrement, des critères de qualification uniforme, face à cet ensemble confus d'amendes ne correspondant pas aux canons du droit pénal, n'émergeaient que très difficilement.

D'autre part, face à des dispositions législatives parfois obscures, les raisons qui ont poussé la jurisprudence ou la doctrine à considérer comme civiles certaines amendes semblent parfois contestables, généralement incertaines et en tout cas divergentes. C'est en raison de ce constat que l'analyse des éléments figurant dans les textes, et qui ont pu être pris en considération afin de considérer ou non des amendes comme présentant un caractère civil, doit être étudiée.

2 – La présentation des différentes analyses doctrinales.

44. Face au développement de l'amende civile, la doctrine fut confrontée à deux problématiques principales cristallisant les incertitudes : les désaccords quant à

²⁶² Voir notamment : F. Rousseau, « La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, op. cit., p. 125 et s., spéc. n° 25.

la nature de l'amende civile (a) et les difficultés entourant les critères d'identification de l'amende civile (b).

a – Les désaccords quant à la nature de l'amende civile.

45. La genèse de l'expression « amende civile ». L'expression « amende civile » se rencontre de façon ancienne, que ce soit en doctrine ou en jurisprudence. Ainsi, MERLIN, qui emploie lui-même l'expression « amendes criminelles, civiles ou de police »²⁶³, mentionne un arrêt du conseil du roi du 4 août 1705 développé dans une déclaration du 16 août 1706 qui évoquait « les amendes de toutes natures, tant civiles que criminelles »²⁶⁴. Toutefois cette expression qui était, dans cette déclaration, employée en matière fiscale dérive sans doute de la confusion qui pouvait exister sous l'ancien droit dans le terme d'amende. Celui-ci pouvait en effet désigner des sanctions pécuniaires de toute nature, y compris ce qui correspond en réalité à des dommages et intérêts²⁶⁵, notamment lorsque, comme en matière fiscale, la victime de l'infraction était le Trésor. Le terme d'amende civile faisant figure d'oxymore, il n'est pas surprenant que ce terme ait été employé en premier lieu au sujet de mécanismes présentant une certaine ambiguïté.

46. Les incertitudes quant à la nature de l'amende. Cette contradiction que porte en elle-même l'expression « amende civile » se retrouve au XIX^{ème} siècle à travers un désaccord quant à la nature de ces amendes. Ainsi, si certains auteurs affirmaient clairement leur caractère pénal et répressif²⁶⁶, d'autres au contraire

²⁶³ Ph.-A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, op. cit., not. Amende §VII, II.

²⁶⁴ *Ibid.*, not. Amende § VIII, III.

²⁶⁵ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 84 ; P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., n° 329.

²⁶⁶ C. Demolombe, *Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, Auguste Durand et L. Hachette et Cie, t. 1, 4^{ème} éd., 1869, n° 289 qui affirme que l'amende prévue par l'article 50 du Code civil, même prononcée par un juge civil, constitue une peine ; F. Laurent, *Principes de droit civil français*, A. Durand et Pedone Lauriel, t.2, Paris, 1870, n° 28 ; T. Huc, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. 1, Paris, 1892, n° 331 ; A. Lainé, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., n° 436 bis ; J.-A. Roux, note sous Civ. 27 déc. 1892, S. 1893.1.393 ; G. Dutruc sur G.-L.-J. Carré et A. Chauveau, *Lois de la procédure civile et commerciale*, Imprimerie et librairie générale de la jurisprudence, t. 4, Paris, 5^{ème} éd., 1880, not. Question 1694 ter : au sujet de l'amende de l'ancien article 471 du Code de procédure civile, l'auteur renvoie à son ouvrage de Théorie du Code pénal avec Faustin Hélie dans lequel l'amende est présentée comme une peine ; Ph.-A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, préc. : à propos de l'amende que les tribunaux civils prononçaient contre le conscrit réfractaire, l'auteur affirme « Assurément, prononcer pareilles condamnations, ce n'est point faire acte de juridiction civile, c'est faire un acte de juridiction correctionnelle ». Néanmoins la portée de cette remarque est difficile à cerner dans la mesure où le jugement condamnait en même temps que l'amende le conscrit à être traduit dans un dépôt militaire.

considéraient qu'elles ne constituaient pas une véritable peine, voire qu'il s'agissait d'avantage d'une réparation civile²⁶⁷.

On observe alors deux conceptions possibles de l'amende civile. Selon une première conception, l'amende civile peut être perçue comme un mécanisme profondément pénal. Il s'agirait d'une amende au sens habituel du mot, auquel sont conjonctuellement attachés certains aspects propres à la responsabilité civile, ou *a minima* certaines caractéristiques distinctes de celles attachées aux sanctions pénales habituelles. Selon une seconde conception, l'amende civile est un mécanisme réellement civil. La jurisprudence a parfois pu sembler se rallier à cette seconde conception. Ainsi, dans un arrêt remarqué du 27 décembre 1892²⁶⁸, la Cour de cassation a considéré que l'amende prévue par l'article 50 du Code civil n'était pas une peine mais la sanction civile de simples manquements aux devoirs de la fonction d'officier d'état civil. S'il faut déplorer que les développements à ce sujet se soient généralement limités à l'affirmation d'une position plus qu'à sa démonstration, deux remarques peuvent néanmoins être faites.

47. Le rejet de l'analyse indemnitaire de l'amende civile. Tout d'abord, une justification récurrente de la nature civile de l'amende du même nom reposait sur le caractère prétendument indemnitaire des mécanismes considérés. Le Répertoire de la jurisprudence générale présentait ainsi l'amende civile²⁶⁹ comme ayant « le caractère d'une réparation civile »²⁷⁰. De même MASSABIAU affirmait que l'amende de l'article 50 du Code civil était « une amende [...] prononcée, moins à titre de peine qu'à titre de dommages-intérêts »²⁷¹.

Pourtant, cette amende remet justement en cause l'affirmation générale du caractère indemnitaire des amendes civiles. Les travaux préparatoires du Code civil sont sur ce point instructifs. Ainsi, dans sa présentation au corps législatif, THIBAudeau affirme qu'il n'était pas apparu suffisant de régler la forme de la tenue

²⁶⁷ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, op. cit.*, t. 35, Paris, 1855, not. Peine n° 734 ; J.-F.-L. Massabiau, *Manuel du ministère public*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 1, Paris, 3^{ème} éd., 1856, n° 812 ; M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes, op. cit.*, p. 83 ; R. Garraud, *Précis de droit criminel, loc. cit.*

²⁶⁸ Civ., 27 déc. 1892, S. 1893.1.393.

²⁶⁹ L'expression amende civile y est employée indifféremment du terme d'amende en matière civile.

²⁷⁰ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public, préc.*

²⁷¹ J.-F.-L. Massabiau, *Manuel du ministère public, loc. cit.*

des registres, mais qu'il avait semblé falloir aussi rendre les officiers d'état civil responsables en prononçant des peines contre ceux qui y manqueraient²⁷². L'idée qu'il s'agit d'une peine est expressément inscrite dans les travaux préparatoires, ce qui semble traduire la volonté de mettre en place un mécanisme davantage répressif qu'indemnitare²⁷³. Cette impression pourrait alors être nuancée par la lecture du rapport de DUCHESNE. Ce dernier, présentant la gradation de la répression instaurée en matière de tenue des registres d'état civil, affirmait que « les contraventions seront réprimées par de simples amendes, les fautes graves et véritablement préjudiciables aux parties par des dommages-intérêts, les délits seuls par la rigueur du code pénal »²⁷⁴. Le fait que l'amende prévue par l'article 50 soit placée en deçà des dommages et intérêts dans la gradation de la répression pourrait conforter l'idée que cette amende présente un caractère plus indemnitare que répressif. Il ne faut pourtant pas s'y tromper : les dommages et intérêts prononcés en raison d'une faute pouvait, notamment avant l'admission de l'assurance de responsabilité, présenter une dimension répressive réelle. Cette dimension répressive était cependant en partie éclipsée parce que la répression n'était qu'un effet et non la finalité première des dommages et intérêts²⁷⁵.

Deux approches peuvent ainsi être induites de cette compréhension des rapports législatifs. D'une part, ceux-ci permettent de comprendre que la condamnation à payer des dommages et intérêts ait pu être présentée comme un surplus de répression ajouté à l'amende édictée par le Code, les deux mécanismes présentant alors un effet répressif. D'autre part, il n'y a pas lieu de déduire des travaux préparatoires le caractère indemnitare de l'amende. Si les dommages et intérêts permettaient l'indemnisation de la victime du manquement, tel n'est pas le cas de l'amende civile dont l'objectif est bien la répression et corrélativement la dissuasion²⁷⁶.

48. Ainsi, toutes les amendes envisagées au XIX^{ème} siècle comme civiles ne se rattachent pas aussi aisément qu'il n'y paraît à une finalité indemnitare. Il serait certes excessif d'affirmer que cette dimension fut totalement absente. Ainsi, les

²⁷² A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, Paris, 1877, p. 85

²⁷³ P. de Loynes, « Sur l'article 50 du Code civil », art. préc. : l'auteur développe quatre points au soutien du caractère de peine de l'article 50 du Code civil. Analysant les travaux préparatoires du Code civil, il ajoute qu'ils « constituent peut-être une grave objection » contre la négation du caractère de peine de l'amende de l'article 50.

²⁷⁴ A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, *op. cit.*, p. 104.

²⁷⁵ Voir cependant : *infra*, note n° 576.

²⁷⁶ M. Malaurie-Vignal, « Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », *CCC 2017*, repère 10, n° 2.

amendes qu'édicte le Code de procédure civile en cas d'exercice infructueux d'une voie de recours étaient-elles sans doute, en partie²⁷⁷, sous-tendues par une idée indemnitaire. Il est en effet permis de penser que ces amendes, autrefois obligatoirement prononcées à un montant fixe, donc sans appréciation effective de culpabilité, poursuivaient, entre autres finalités, l'indemnisation du surcoût dans le fonctionnement de la justice qu'occasionnait l'exercice de voies de recours non fondées. Simplement cette dimension indemnitaire ne doit pas être exagérée et ne saurait en tout état de cause être étendue aux cas où l'État ne subit pas nécessairement un préjudice pécuniaire. En ce cas même, l'extension ne saurait être totale. Ainsi des amendes dans des matières présentant une coloration fiscale et au sujet desquelles tant la qualification d'amende civile que le caractère indemnitaire ont été discutés²⁷⁸.

49. La faiblesse de la justification de la nature civile de l'amende.

Ensuite, il est des cas dans lesquels la nature civile de l'amende du même nom est affirmée sans que soit allégué son caractère indemnitaire. La justification de l'affirmation peine, dans ces hypothèses, à être saisie. On peut ainsi se demander ce qu'entendait la Cour de cassation en affirmant que l'amende prononcée à l'encontre des officiers d'état civil n'était pas une peine mais une sanction civile²⁷⁹. Or il s'agit d'une mesure dont la matérialité ne semble en rien différer d'une amende classique et dont la finalité répressive n'est pas niée²⁸⁰. La justification de la qualification de sanction civile, et l'exclusion de la qualification de peine, se réduit-elle à une question de régime ? L'amende dont il est question n'est effectivement pas soumise à l'ensemble des règles habituellement applicables aux amendes pénales. Si telle est bien la portée à accorder aux termes employés par la Cour de cassation, l'éviction d'une partie des règles applicables aux amendes pénales est-elle suffisante pour en déduire une différence de nature entre amende civile et amende pénale ?

²⁷⁷ A. Pedriau, « L'amende civile d'appel », LPA 1999/230, p. 4. Ces amendes ne sauraient pour autant être réduites à un aspect purement indemnitaire. Historiquement, elles apparaissent également comme la répression d'une prise à partie mal fondée contre le juge : J. Viatte, « L'amende civile pour l'abus de faculté d'agir en justice », *GP* 1978 Doctr. p. 305 et s.. Sur cette question voir également : E. Blary-Clément, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G* 1991, I 3534, n° 25.

²⁷⁸ Cf. *supra*, n° 40 et s..

²⁷⁹ Civ. 27 déc. 1892, *préc.*.

²⁸⁰ Sur la fonction punitive de l'amende civile voir par exemple : Nîmes, 25 février 2010, *Ministère de l'économie c. SAS Carrefour France*, n° 07/00606 : « il convient de constater que parmi ces mesures prévues par [l'article L. 442-6 du code de commerce, devenu L. 442-4 I], seule l'amende civile est susceptible d'être considérée comme une sanction de nature punitive ».

50. La même interrogation surgit lorsque GUÉTAT affirme que « les amendes civiles ne présentent incontestablement aucun caractère pénal »²⁸¹. Outre une allusion rapide au caractère potentiellement indemnitare de ces amendes, celui-ci n'évoque par la suite que des différences de régime pour distinguer l'amende civile de l'amende pénale. Ainsi, au sujet des amendes de timbre, d'enregistrement et de répertoire, déduit-il le caractère civil de l'amende de ce que celle-ci n'avait pas à être prononcée, « puisqu'une véritable peine n'est jamais exigible de plein droit »²⁸². L'auteur soulignait ainsi une différence de régime notable entre l'amende pénale (qualifiée ici de véritable peine) et l'amende civile.

Dans une perspective d'identification de ces deux types d'amende, le raisonnement semble pertinent en ce qu'il permet d'identifier des éléments de dissociation. Cependant, la démonstration de GUÉTAT n'autorise pas la négation du caractère pénal de ces amendes. On peut en effet penser que le caractère pénal résulte de la mesure infligée elle-même, des comportements qu'elle sanctionne ou au moins de la finalité dans laquelle elle est prévue. Il y a un biais à raisonner à partir des garanties entourant la mesure pour déterminer si la qualification pénale est justifiée. Tout au plus devrait-on conclure, si l'amende en cause devait bien constituer une peine, que cette amende n'a pas été entourée de garanties suffisantes.

51. Une opposition relative. *In fine*, on peut penser qu'une partie des désaccords quant à la qualité de peine de l'amende civile tient à une différence de sens accordé au terme même de peine. En effet, lorsque, sans affirmer le caractère indemnitare des amendes civiles, certaines présentations lui refusaient cette qualification, la peine était manifestement envisagée d'un point de vue formel, comme la sanction édictée par une loi pénale et prononcée par une juridiction de même nature. À l'inverse, lorsque certains auteurs affirmaient que l'amende civile constituait une peine, c'était une conception matérielle (l'amende civile est un mal infligé à l'auteur d'un comportement) et finaliste (elle vise à dissuader et le cas échéant punir) du

²⁸¹ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *ibid.*

²⁸² M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 91. Il convient cependant de remarquer que cette présentation ne s'est pas toujours vérifiée, notamment du fait de l'existence de peines accessoires. Si celles-ci ont disparu du Code pénal lors de sa refonte, de telles peines ont pu se maintenir dans d'autres codes. Voir plus généralement sur les peines automatiques : *infra* n° 642 et s..

mécanisme qui semblait retenue. Cette opposition entre deux approches incompatibles des caractères de l'amende civile se retrouve actuellement²⁸³.

b – Les difficultés d'identification des critères de l'amende civile.

52. Le sort du critère de la compétence juridictionnelle. La seconde incertitude tient à l'absence de consensus quant aux critères d'identification de l'amende civile. Un élément important de rapprochement et d'identification fut incontestablement la compétence des tribunaux civils²⁸⁴. À titre d'illustration, le Répertoire de la jurisprudence générale n'indiquait aucun critère d'identification des amendes en matière civile ; cependant, la première particularité qui y est mentionnée, et qui est présentée comme absolue, est la compétence des juridictions civiles²⁸⁵. De même, lorsque MERLIN s'interroge sur les différentes sortes d'amendes, c'est sur la compétence du juge qu'étaient centrées ses interrogations²⁸⁶. Cette question a également retenu l'attention de la jurisprudence. Avant même certains arrêts remarquables rendus au milieu du XX^{ème} siècle²⁸⁷, la cour d'appel de Toulouse avait, par exemple, pu affirmer, dès la fin du XIX^{ème} siècle, que les juridictions civiles pouvaient, exceptionnellement, avoir compétence pour prononcer une amende²⁸⁸. Cette spécificité paraît si essentielle dans l'élaboration de la notion d'amende civile qu'aujourd'hui encore certaines présentations en font un élément de définition²⁸⁹. Pourtant, s'arrêter à cet élément est un critère insuffisant afin d'identifier de façon satisfaisante les amendes civiles.

53. Dans un premier temps, à supposer l'existence d'une parfaite adéquation entre la compétence des juridictions civiles pour prononcer une amende et le caractère

²⁸³ Cf *infra*, n° 56.

²⁸⁴ Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780, p. 52 : l'auteur qualifie certaines peines de « purement civiles, et qui sont connues autrement sous le nom de Peine d'Ordonnance ou de Coutume, ou de Peines conventionnelles ». L'auteur exclut ces dernières du champ des sanctions pénales en ce qu'elles « portent principalement sur les biens, et qu'elles se prononcent ordinairement dans les Tribunaux civils, sur la demande des parties intéressées ».

²⁸⁵ D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, op. cit., t. 35, Paris, 1855, not. Peine n° 743.

²⁸⁶ Ph.-A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, préc..

²⁸⁷ Crim. 23 nov. 1949 et Montpellier 22 nov. 1949, préc..

²⁸⁸ Toulouse, 1^{er} févr. 1898, préc..

²⁸⁹ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Amende civile » ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 128.

civil de celle-ci, encore faut-il déterminer dans quels cas l'amende est prononcée par les tribunaux civils²⁹⁰. La jurisprudence a, à cet égard, affirmé un critère : celui de la prévision expresse par le législateur²⁹¹. Ce critère est néanmoins rapidement apparu lacunaire dans la mesure où il ne permettait pas d'embrasser l'ensemble des amendes au sujet desquelles la compétence du juge civil était admise²⁹². En raison de cette critique, un quadruple critère alternatif a été proposé²⁹³. Auraient été civiles non seulement les amendes dont le prononcé avait été confié à une juridiction non répressive, mais aussi celles encourues de plein droit et recouvrables sans prononcé, toutes les amendes en cas de rejet d'un recours et celles en cas de violation des formalités d'un acte solennel ou des formes et devoirs imposés dans le cadre des procédures.

Dans un second temps, certaines amendes, pourtant formellement prononcées par les juridictions pénales, ont pu être identifiées comme civiles. Il en va ainsi notamment de l'amende autrefois prévue par l'article 396 du Code d'instruction criminelle, qui a été qualifiée par certains auteurs de civile²⁹⁴. Ces auteurs nuançaient immédiatement en affirmant que « ces juridictions statuent, du moins en l'espèce, comme des juridictions civiles ». Une certaine incertitude apparaît alors dans la parfaite adéquation alors alléguée entre la compétence des juridictions civiles et la qualification civile d'une amende.

54. La synthèse de l'évolution de la notion d'amende civile. En résumé, si au début du XX^{ème} siècle la notion d'amende civile existait déjà, une partie importante des incertitudes concernant cette amende subsistaient. La nature du mécanisme, qui a opposé une partie de la doctrine au long du XIX^{ème} siècle, n'apparaît alors pas certaine. Les critères d'identification de l'amende civile ont certes donné lieu à une théorie intéressante formulée par GUÉTAT et reposant sur l'application de quatre critères

²⁹⁰ Ph.-A. Merlin, *Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, loc. cit..

²⁹¹ Voir notamment : Toulouse, 1^{er} févr. 1898, préc..

²⁹² M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 89.

²⁹³ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 92.

²⁹⁴ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 98 et 99.

alternatifs. Toutefois, celle-ci ne semble pas avoir eu de réelle postérité en doctrine et n'a été suivie ni par le législateur²⁹⁵, ni par la jurisprudence²⁹⁶.

55. Le XX^{ème} siècle a été l'occasion de plusieurs évolutions. Du point de vue de l'identification des amendes civiles, toute difficulté n'a pas été levée. Cependant, le législateur a en partie aidé à résoudre la question en identifiant, ponctuellement d'abord, dans la première moitié du siècle puis de façon de plus en plus systématique, les amendes civiles. Puis, depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, une seconde tendance peut être observée. Elle consiste dans l'adoption, réalisée ou envisagée, d'amendes, expressément qualifiées de civiles, d'un montant élevé voire très élevé. Cette nouvelle tendance, qui semble liée à une conception renouvelée de l'amende civile comme substitut aux dommages et intérêts punitifs a eu d'importantes conséquences sur les manifestations actuelles de l'amende civile.

B – Les manifestations contemporaines de l'amende civile.

56. La dualité des manifestations contemporaines. La diversité des amendes civiles est ancienne. Ces amendes ont été consacrées sans réelle vision d'ensemble ; elles présentent, par conséquent, des disparités importantes qui ont toujours rendu difficile une présentation unitaire. Cela est d'autant vrai que l'observation contemporaine des amendes civiles fait apparaître un nouvel élément de diversité. En effet, certaines de ces amendes atteignent aujourd'hui des montants très importants, tandis qu'historiquement les amendes civiles étaient d'un montant relativement faible. Cette différence s'explique aisément par la coexistence de deux mouvements distincts. Le premier, historiquement ancien, vient d'être présenté et correspond à une recherche de sanctions efficaces et proportionnées à certains manquements aux obligations résultants généralement d'« une charge publique ou civique »²⁹⁷ ou de l'usage « abusif, déloyal ou dilatoire d'une voie de droit »²⁹⁸, donnant

²⁹⁵ Ainsi par exemple la loi n° 46-2154 du 7 octobre 1946 présente comme étant civiles des amendes pourtant rejetées de cette catégorie par la méthode d'identification proposée par Guétat.

²⁹⁶ Dans l'arrêt de la chambre criminelle du 23 novembre 1949, la Cour réaffirme son exigence d'attribution législative expresse du prononcé de l'amende.

²⁹⁷ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Amende civile ».

²⁹⁸ Il nous semble en revanche erroné d'affirmer de façon absolue que l'amende civile « sanctionne l'inaccomplissement de certaines formalités d'ordre civil ou procédural » (J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 672) Si cette présentation correspond bien à certaines amendes civiles (notamment celles applicables aux

naissance à des sanctions d'un montant relativement modeste²⁹⁹. Le second est plus récent. Il correspond à une conception renouvelée de l'amende civile comme moyen de lutte contre des fautes lucratives³⁰⁰ et, plus largement, comme solution alternative aux dommages et intérêts punitifs³⁰¹. À l'inverse de ces derniers, l'amende civile présente, selon l'opinion commune, l'avantage que le produit de la sanction n'est pas attribué à la victime. Cette caractéristique permet d'éviter des difficultés de répartition en cas de pluralité de victimes et, surtout, elle ne porte pas atteinte au principe de réparation intégrale en conduisant à un enrichissement de la victime³⁰².

Il semble à ce stade nécessaire de proposer une méthode d'identification des amendes civiles (1) avant de dresser une typologie actuelle de ces amendes (2).

1 – Une proposition de méthode d'identification des amendes civiles.

57. La nécessité d'une méthode d'identification. Avant de donner un aperçu du domaine actuel des amendes civiles, une difficulté doit nécessairement être abordée : celle de la méthode d'identification des amendes civiles. L'aspect le plus important de cette démarche concerne la distinction des amendes civiles et pénales dans le silence des textes. La question ne présente plus, il est vrai, qu'un intérêt marginal.

officiers d'état civil, celle édictée par l'article R. 123-89 C. Com à l'encontre des notaires ne respectant pas les formalités ayant une incidence en matière de registre), elle ne rend pas compte de nombreuses autres amendes, même classiques. Ainsi, s'il n'est pas certain que les amendes civiles prévues par l'article 411-1 du Code civil contre les personnes en charge d'un mineur ne déférant pas à une convocation, ne communiquant pas les informations requises ou ne se conformant pas aux injonctions du juge et par l'article 417 du même code en cas de non-respect par les personnes en charge d'un majeur protégé d'une injonction du juge constituent la sanction de manquement à des formalités, il apparaît impossible en matière d'amende de procédure de parler, au moins de façon générale, de manquement à des formalités d'ordre procédural : comment en effet affirmer que le devoir, sanctionné par de multiples amendes civiles, de ne pas exercer une voie de droit de façon abusive ou dilatoire constitue une règle de forme ?

²⁹⁹ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 6 ; S. Schiller, « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », art. préc., n° 6. Certaines de ces sanctions apparaissent cependant de moins en moins modestes, notamment les sanctions du Code de procédure civile qui ont, pour certaines, été portées à 10 000 euros.

³⁰⁰ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *loc. cit.* ; B. Javaux, « L'amende civile, entre sanction pénale et *punitive damages* ? », *JCP G* 2019, 152.

³⁰¹ N. Dissaux, « Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution », *AJ Contrat* 2017.205, spéc. p. 208 : de façon surprenante, commentant l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile l'auteur affirme : « Autre manière d'affranchir les dommages-intérêts du préjudice : l'amende civile, faisant l'objet de l'article 1266-1 du projet de réforme. Celui-ci introduit les dommages et intérêts punitifs » ; Y. Picod, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011.415, n° 13 : « L'amende civile requise apparaît alors comme un substitut aux dommages-intérêts punitifs prévus par d'autres systèmes juridiques, avec le même effet dissuasif » ; A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, Paris, 2010, n° 485.

³⁰² D. Fasquelle, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », art. préc. ; M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 19.

Dans de nombreux cas, en effet, depuis le milieu du XX^{ème} siècle, le législateur précise expressément le caractère civil des amendes qu'il entend édicter, y compris lorsqu'il ne fait que modifier des amendes préexistantes. Ainsi, au sein du nouveau Code de procédure civile, les amendes reprises de l'ancien code³⁰³ ont été expressément qualifiées par le législateur de civiles. De même, les amendes applicables aux personnes en charge de mineurs ou de majeurs protégés, largement modifiées depuis le Code civil de 1804, sont désormais expressément qualifiées de civiles³⁰⁴.

Il n'en demeure pas moins que la question des critères d'identification des amendes civiles n'a pas été vidée de son intérêt pour deux raisons.

58. D'une part, parce qu'en l'absence de qualification législative expresse, concernant des amendes anciennes, le critère mis en œuvre par la jurisprudence ne paraît pas satisfaisant, encore que l'on puisse douter que la jurisprudence se prononce réellement sur le caractère de l'amende. Elle semble en effet exiger que la compétence des juridictions civiles soit expressément prévue³⁰⁵. Pourtant, ce critère ne convainc pas. Outre que sa pertinence peut sembler douteuse, il n'est pas certain qu'il corresponde à la réalité du droit positif, la loi ne prévoyant pas toujours expressément la compétence du juge civil pour prononcer des amendes ayant pourtant incontestablement un caractère civil. Tel était par exemple le cas jusqu'à leur abrogation des amendes sanctionnant le conservateur des hypothèques³⁰⁶. La Cour de cassation elle-même a pu consacrer la compétence des juridictions pénales alors que le législateur avait, certes hors du texte d'« incrimination » mais néanmoins expressément, qualifié les amendes en cause de civiles³⁰⁷. La confusion, certes marginale mais toutefois réelle, qui entoure le caractère civil ou pénal de certaines amendes rend impossible l'éviction pure et simple de la question des critères d'identification des amendes civiles.

59. D'autre part, concernant les amendes plus récentes, le législateur utilise généralement des formules ôtant toute ambiguïté quant au caractère des sanctions qu'il

³⁰³ L'évolution majeure des amendes civiles du Code de procédure, la perte de leur caractère obligatoire, s'était réalisée antérieurement, par une loi de 1946.

³⁰⁴ Code civil art. 411-1 et 417.

³⁰⁵ Toulouse, 1^{er} févr. 1898, Crim. 23 nov. 1949 et Montpellier 22 nov. 1949, préc..

³⁰⁶ Cf *supra*, n° 35.

³⁰⁷ Crim., 23 nov. 1949, préc..

édicte³⁰⁸. Cependant, certaines expressions laissent planer un doute qu'il convient de tenter de lever. Tel est par exemple le cas de l'article L. 211-14 du Code des assurances qui dispose que : « Si le juge qui fixe l'indemnité estime que l'offre proposée par l'assureur était manifestement insuffisante, il condamne d'office l'assureur à verser au fonds de garantie (nous soulignons) prévu par l'article L. 421-1 une somme (nous soulignons encore) au plus égale à 15 % de l'indemnité allouée, sans préjudice des dommages et intérêts dus de ce fait à la victime ». Comment qualifier cette somme³⁰⁹ ? Aucune qualification ne résulte directement de l'article. De plus, la somme que l'assureur est condamné à verser n'est attribuée ni à la victime, ni au Trésor, mais à un fonds de garantie si bien qu'il semble nécessaire d'approfondir sur ce point les critères généralement retenus pour distinguer amende civile et dommages et intérêts punitifs³¹⁰.

60. L'insuffisance des critères généralement proposés. Tout intérêt ne semble ainsi pas avoir disparu à déterminer les critères d'identification des amendes civiles. Dans son article déjà évoqué, Madame BÉHAR-TOUCHAIS semblait sur ce point se ranger à l'approche de la Cour de cassation, considérant qu'une amende n'est civile que lorsqu'elle est qualifiée expressément comme telle ou si la compétence du juge civil est expressément prévue par le texte³¹¹.

Il est possible de voir dans cette conception certaines faiblesses. Tout d'abord, il n'est pas contestable que les amendes civiles sont, par principe, prononcées par les juges civils. Cependant, l'adéquation entre la qualification de l'amende et la compétence des juridictions n'est pas parfaite, ce que l'auteur reconnaît d'ailleurs³¹². Ensuite, ainsi que le soulignait MAGNOL³¹³, l'arrêt sur lequel s'appuie Madame BÉHAR-TOUCHAIS³¹⁴ est pour le moins ambigu. L'arrêt se prononce au sujet d'une amende – celle de l'article 68 du Code civil – qualifiée par le législateur de civile³¹⁵ et la solution

³⁰⁸ Voir néanmoins les articles R. 483-14 du Code de commerce et R. 775-15 du Code de la justice administrative. Ces deux textes, modifiés par le décret n° 2017-305 du 9 mars 2017 relatif aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles instaurent, pour des comportements identiques des amendes de même montant. Cependant seul le premier de ces textes qualifie expressément l'amende de civile.

³⁰⁹ Cette sanction est d'ailleurs souvent présentée comme une amende civile : P. Jourdain, « Conclusion prospective », art. préc., n° 18. *Contra* : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 314. Pour plus de précisions : cf *infra*, n° 85.

³¹⁰ Cf *infra*, n° 63.

³¹¹ *Ibid*, n° 10.

³¹² D'une façon plus générale, sur les difficultés à lier la compétence des juridictions civiles et la qualification civile de l'amende : J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé*, op. cit., n° 10.

³¹³ J. Magnol, note sous Crim., 23 nov. 1949 et Montpellier Chambre correctionnelle 22 nov. 1949, *JCP*, 1950, II 5615.

³¹⁴ Crim. 23 nov. 1949, préc..

³¹⁵ Cf. *supra*.

retenue ne tranche expressément que la question de la juridiction compétente pour infliger l'amende, soit en l'espèce la juridiction pénale. Le sens le plus logique à attribuer à cet arrêt consiste à affirmer que l'amende de l'article 68 du Code civil est une amende civile prononcée par les juridictions pénales³¹⁶. Cette conclusion semble d'autant plus logique que, fixée à un montant maximum de 3 000 euros même en l'absence de toute récidive, cette amende ne s'inscrit pas dans la gradation des peines opérée par le Code pénal et par le Code de procédure pénale³¹⁷. Par ailleurs, Madame BÉHAR-TOUCHAIS semble appliquer ce critère avec une certaine souplesse. Parmi les exemples donnés d'amendes civiles, on trouve l'amende que prévoyait alors contre le conservateur des hypothèques l'article 2202 du Code civil. Or, s'il est parfaitement logique que cette amende soit prononcée par le juge civil, celui-ci étant en vertu de l'article précédent chargé de contrôler le registre³¹⁸, il faut néanmoins constater que ni le caractère civil de l'amende³¹⁹, ni la compétence du juge civil pour la prononcer n'étaient expressément établis. Le critère de la qualification expresse aurait alors semblé devoir conduire au rejet de la qualification civile de l'amende.

61. La précision des critères proposés. À vrai dire, les critères alternatifs de la qualification ou de la compétence civile expresse de l'amende semblent moins erronés qu'incomplets. Ces deux éléments ont une base commune : l'un comme l'autre sont des révélateurs de la volonté du législateur. L'erreur nous semble être de limiter à ces deux cas le raisonnement. Si la volonté du législateur peut bien évidemment être révélée par la qualification expresse, et résultera souvent en cas contraire de l'attribution de la compétence pour prononcer l'amende au juge civil, il ne semble pas y avoir de raison de limiter la qualification d'amende civile à ces deux cas limitatifs.

62. Lorsque l'intention du législateur, à défaut d'être expresse, est néanmoins certaine, la qualification d'amende civile devrait être retenue. Outre les

³¹⁶ Voir également pour cette conception : J.-J. Lemouland, « Mariage », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2014 (actualisation déc. 2019), n° 187.

³¹⁷ CP, art. 131-13 5° et CPP, art. 381 : Il résulte de ces articles que l'amende contraventionnelle la plus élevée est fixée à 1 500 euros. Ce n'est qu'en cas de récidive que celle-ci peut atteindre 3 000 euros. De plus l'amende délictuelle la plus basse est de 3 750 euros. L'amende édictée par l'article 68 du Code civil ne s'insère donc pas dans la gradation des infractions pénales.

³¹⁸ L'article 2201 vise en réalité le juge d'instance, qui peut *a priori* être aussi bien pénal que civil. Ce sont toutefois les juridictions civiles qui se chargent en pratique de la surveillance des registres.

³¹⁹ Certes la version Légifrance de l'article 2202 du Code civil applicable entre le 1^{er} Janvier 2002 et le 24 mars 2006 fait mention, entre crochets, du caractère civil de la sanction édictée par l'article. Cette précision ne résulte toutefois d'aucune modification légale et ne saurait être prise en compte.

deux critères présentés, pourraient ainsi constituer des indices du caractère civil d'une amende le titre de la partie du code ou de la loi au sein de laquelle cette amende s'insère, la proximité, tant de comportement incriminé que de montant de la sanction prévue, d'une amende avec une autre clairement identifiée comme civile³²⁰ ou encore le fait que la surveillance des comportements en cause soit organisée auprès du juge civil. À l'inverse, l'inclusion d'une amende au sein d'un titre prévoyant des sanctions pénales et plus encore, la conjonction de l'amende avec une peine privative de liberté devraient conduire à exclure la qualification civile de l'amende.

63. Reste cependant la question de la distinction de l'amende civile d'autres sanctions pécuniaires, notamment lorsque les caractères de la sanction mise en place par le législateur sont particulièrement obscurs, à l'instar de la sanction consacrée à l'article L. 211-14 du Code des assurances³²¹. De même, l'amende civile pourrait dans certains cas être difficile à distinguer des peines privées, et spécialement des dommages et intérêts punitifs. Le critère de distinction semble pourtant bien établi : la peine privée est attribuée à la victime, ce qui n'est pas le cas de l'amende civile³²². Pourtant certains mécanismes, principalement prospectifs, conduisent à des interrogations inédites. Ainsi, l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par Pierre CATALA proposait l'introduction de dommages et intérêts punitifs que le juge pouvait décider d'attribuer en partie au Trésor Public. Dans la même perspective, comment qualifier les sanctions dont le montant n'est attribué ni au Trésor, ni à la victime, mais à un fonds ? Les réponses à l'ensemble de ces interrogations sont nécessaires. Elles relèvent toutefois dans une large mesure de la définition qui sera retenue de l'amende civile si bien qu'il convient de renvoyer sur ce point aux développements ultérieurs³²³.

2 – La typologie actuelle des amendes civiles.

64. Les amendes civiles peuvent être présentées en deux temps. L'étude des cas les plus anciens d'amendes civiles a fait apparaître que ces manifestations étaient

³²⁰ Le cas topique étant alors la fixation du montant d'une amende par référence à celui d'une autre amende.

³²¹ Cf *supra*, n° 57.

³²² G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V° « Amende civile » ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, préc., n° 128.

³²³ Cf *infra*, n° 85.

conçues comme des sanctions proches des mécanismes pénaux mais devant s'en détacher sur certains points techniques en raison du type de comportements réprimés. L'ensemble des amendes civiles ne correspond toutefois plus à cette hypothèse. À la suite du mouvement ayant envisagé de renforcer les rôles dissuasif et punitif de la responsabilité civile, les amendes civiles ont été perçues comme une alternative aux dommages et intérêts punitifs. Dans cette perspective, elles ont spécialement été utilisées ou envisagées pour lutter contre des comportements difficilement prévisibles ou définissables, ou pour lutter contre des fautes lucratives. Il en résulte que certaines manifestations d'amende civile peuvent être qualifiées de classiques (a) alors que d'autres seront qualifiées de manifestations modernes (b)³²⁴. En dépit de cette diversité, on peut remarquer à titre liminaire que l'extrême majorité des comportements actuellement réprimés par des amendes civiles se réalisent à l'occasion d'actes juridiques³²⁵ (rédaction d'un acte d'état civil, action ou demande en justice, conclusion ou exécution de certains contrats, etc.). Un tel constat admet certaines exception³²⁶. Il constitue toutefois une tendance lourde de l'utilisation actuelle des amendes civiles.

a – Les manifestations classiques des amendes civiles.

65. L'explication du caractère classique des manifestations d'amende civile. Dans ses manifestations classiques, l'amende civile constitue la sanction de la violation d'un devoir civil ou d'une norme procédurale dont il a semblé qu'il serait excessif ou inadapté d'assortir le manquement d'une peine ouvertement pénale. La finalité de l'amende n'est pas alors de sanctionner un comportement relativement imprévisible, et devant par conséquent être défini en des termes relativement larges ou de sanctionner un comportement potentiellement lucratif, mais davantage d'écarter pour des raisons contingentes certains aspects de la sanction pénale. Cette logique correspond à celle qui a présidé à l'émergence des cas historiques d'amendes civiles et se retrouve par exemple pour les amendes prévues aux articles 50 et 63 du Code civil

³²⁴ Une autre distinction reposerait sur la distinction des amendes intervenant en matière de procédure et celle qualifiée de civile en fonction de la compétence du juge pour les prononcer : J. Prorok, « La répression civile », *RSC* 2019.313, n° 10 et 11.

³²⁵ Voir notamment, sur les rapports entre clauses et pratiques restrictives de concurrences et sur les difficultés soulevées par ces rapports : A. Fortunato, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, Thèse dactyl, sous la dir. de D. Voinot, Université de Lille 2, soutenue le 29 juin 2016, n° 183 et 184.

³²⁶ Tel est par exemple le cas du tuteur qui ne défère pas aux injonctions du juge des tutelles, du témoin défaillant, voire, en certaines hypothèses, de celui qui rompt brutalement une relation commerciale établie. Sur ce dernier cas voir *infra*, n° 768 *in fine*.

ou pour celles qui, s'inscrivant dans le prolongement des anciennes amendes de procédure, sont aujourd'hui prévues pour sanctionner un abus du droit d'agir en justice³²⁷. Ces amendes présentent une certaine cohérence quant à leur domaine d'intervention. Selon une présentation courante³²⁸, ces amendes relèvent, dans leur majorité, de la violation d'une charge publique ou civique³²⁹ ou de l'adoption d'un comportement dilatoire ou abusif dans l'exercice ou la conduite de procédures au sens large³³⁰. On peut néanmoins remarquer que la notion de « charge civique », particulièrement large, est susceptible de recouper des comportements sans lien réel, allant du non-respect de certaines obligations tutélaires à l'obligation de concourir à la justice en participant à la manifestation de la vérité³³¹, en passant par l'obligation de ne pas faire « volontairement obstacle [...] à la mission des agents du service municipal du logement » que les articles L. 651-4 et L. 651-7 du Code de la construction et de l'habitation assortissent d'une amende civile d'un montant de 2 250 euros. En certaines de ces hypothèses, notamment concernant les charges tutélaires et l'obligation de concourir à la justice, il semble en réalité que l'amende vient moins sanctionner le non-respect d'un devoir civique que le non-respect d'un ordre adressé par le juge³³², prenant alors d'une certaine façon les traits d'une astreinte publique d'origine légale³³³. En tout état de cause, certaines amendes se révèlent rétives à toute tentative de classification³³⁴

³²⁷ Code de procédure civile, art. 32-1, 559, 581 et 628. Voir par exemple : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 11^e éd., 2017, n° 2213.165.

³²⁸ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Amende civile » ; M. Béhar-Touchais, *L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ?*, art. préc., n° 5.

³²⁹ Notamment : C. civ., art. 50, 63, 76, 101 ; C. com., art. R. 123-89 ; CPP, art. 564 ; CPC, art. 207.

³³⁰ Notamment : CPC, art. précités, 295, 305, 348, 1029 ; CPCE, art. R. 121-22, R. 213-8 ; CPP, art. 177-2, 212-2, 392-1 ; Code du travail, art. R. 1235-13 ; Code de la sécurité sociale, art. R. 144-10 ; Code de la justice administrative, art. 77-10-14, art. R. 741-12.

³³¹ Cette obligation générale, prévue à l'article 10 du Code civil peut surprendre. Outre la généralité du comportement ainsi visé, il est surprenant que l'amende civile dont l'article semble prévoir le prononcer ne soit assortie d'aucun montant. Ce texte s'explique en réalité par la volonté du législateur de mettre à l'abri d'un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État plusieurs amendes civiles édictées par le Code de procédure civile : J.-H. Robert, « Article 10 – Fasc. Unique : jouissance des droits civils – limitations », *J.-Cl. civil code*, LexisNexis, janv. 2017.

³³² CPC, art. 207 ; C. civ., art. 411-1, al. 3 et 417, al. 1^{er}. L'amende civile qu'édicte désormais l'article R. 483-14 du Code de commerce en matière d'action en dommages et intérêts relatives à des pratiques anti-concurrentielles se rapprochent également en partie de cette hypothèse. Le 1^o et le 3^o de l'article visent ainsi expressément le refus de se conformer à certaines injonctions du juge. Le 2^o, qui vise la destruction de pièce, viserait quant à lui davantage une hypothèse de comportement déloyal. Voir également l'article R. 775-15 du Code de la justice administrative.

³³³ Voir également, depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice l'article 373-2-6 du Code civil. On peut spécialement remarquer que l'alinéa 4 de l'article prévoit le prononcé d'office d'une astreinte, l'alinéa 5 prévoyant quant à lui la possibilité de condamner à une amende civile dans le cas où un parent fait délibérément obstacle, de façon grave ou répétée à une décision ou un accord homologué ou contresigné par avocat en matière d'autorité parentale.

³³⁴ Ainsi par exemple des amendes édictées aux articles 59, 60 62 et 64 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants

66. Le renouveau des manifestations classiques. Il serait par ailleurs erroné de penser que ces manifestations de l'amende civile sont circonscrites à des cas anciens ou à la reprise de tels cas. De nouvelles manifestations continuent à s'inscrire dans la logique classique des amendes civiles³³⁵. Un exemple marquant se trouve dans l'adoption, par la loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle, de deux amendes civiles³³⁶. Celles-ci sanctionnent d'un montant maximal de 50 000 euros celui qui a de façon abusive ou dilatoire fait obstacle à la conclusion d'un accord dans le cadre d'une action de groupe. Les comportements ainsi réprimés se rapprochent incontestablement des manifestations procédurales habituelles des amendes civiles. Toutefois, le montant élevé de ces amendes pourrait sembler les éloigner des manifestations classiques de l'amende civile : le fait de recourir à une amende civile d'un montant aussi important en présence d'un comportement précisément identifié pourrait notamment s'expliquer par le caractère lucratif de la faute, rejoignant ainsi la principale hypothèse dans laquelle des dommages et intérêts punitifs sont proposés. Il n'en est rien. Le recours à une telle amende civile s'explique uniquement par le contexte dans lequel ces amendes s'inscrivent. En partie inspirées des *class actions* américaines, les actions de groupe sont une tentative de réponse à des cas de dommages de masse. Dans la mesure où les sommes en jeu seront souvent très importantes, et où les acteurs capables de causer de tels dommages auront généralement une surface financière importante, une sanction d'un montant plus faible serait souvent apparue dérisoire. Il ne s'agit pas tant ici de sanctionner une faute lucrative³³⁷ – l'échec des négociations ne faisant pas nécessairement obstacle *in fine* à la condamnation à payer des dommages et intérêts et n'empêchant ce faisant pas l'auteur de la faute de subir une perte du fait de l'engagement de sa responsabilité – que d'adapter la sanction afin que ses fonctions punitive et dissuasive soient satisfaites. Les mêmes considérations expliquent sans aucun doute le montant élevé de l'amende pour procédure dilatoire ou abusive en matière d'action en « prévention, en cessation ou en réparation d'une atteinte au secret des affaires », introduite à l'article L. 152-8 du Code

de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement. Ces différentes amendes sanctionnent le non-respect de certaines obligations liées à la reprise de logements loués par le propriétaire. Il peut sembler difficile s'agissant de ces comportements de véritablement parler de devoir civique.

³³⁵ Voir déjà certains exemples donnés au sein du paragraphe précédent.

³³⁶ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle, articles 73 et 85.

³³⁷ B. Javaux, « L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? », art. préc..

de commerce par l'article 1^{er} de la loi du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires³³⁸.

b – Les manifestations modernes des amendes civiles.

67. L'évolution de la conception de l'amende civile. Les manifestations classiques d'amende civile n'ont pas disparu ; elles coexistent néanmoins, désormais, avec des figures nouvelles. Cette évolution s'est notamment traduite par l'adoption d'amendes civiles, d'un montant parfois élevé³³⁹, hors des domaines traditionnels dans lesquels celles-ci étaient appelées à intervenir. Un tel mouvement s'est d'abord réalisé en matière de construction et d'urbanisme³⁴⁰. Plus généralement, c'est principalement dans la sphère économique que l'amende civile s'est développée en se détachant de façon très nette des cas traditionnels pour s'imposer comme alternative aux dommages et intérêts punitifs et le plus souvent comme un moyen de lutte contre les fautes lucratives³⁴¹.

68. Le mouvement doctrinal qui, principalement depuis la seconde moitié du XX^{ème} siècle, prône la réactivation de la fonction normative de la responsabilité civile à travers la consécration des peines privées est bien connu³⁴². Plusieurs critiques sont néanmoins adressées à cette position. Parmi celles-ci, l'atteinte au principe de réparation intégrale a été l'une des plus fréquentes. L'enrichissement de la victime

³³⁸ Loi n° 2018-670 du 30 juillet 2018 relative à la protection du secret des affaires. « Toute personne physique ou morale qui agit de manière dilatoire ou abusive sur le fondement du présent chapitre peut être condamnée au paiement d'une amende civile dont le montant ne peut être supérieur à 20 % du montant de la demande de dommages et intérêts. En l'absence de demande de dommages et intérêts, le montant de l'amende civile ne peut excéder 60 000 € ».

³³⁹ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc..

³⁴⁰ CCH, art. L. 651-2. Code de l'urbanisme, art. L. 430-9. La situation des articles L. 651-4 et L. 651-7 semble plus incertaine. Outre que les sanctions édictées par ces textes sont d'un montant relativement faible, le premier de ces textes vise les manquements à certaines formalités et le second les obstacles à la mission des agents des services municipaux du logement, ce qui se rapproche davantage des cas historiques dans lesquels des amendes civiles ont été prévues. Une incertitude semblable peut affecter l'amende prévue par l'article L. 3252-9 du Code du travail, en cas de manquement du tiers employeur saisi aux obligations de déclaration qui lui sont faites. Voir déjà l'article 57 de la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement dont la visée anti-lucrative transparait du mode de fixation du montant de l'amende, compris entre dix et cent fois la majoration illicite des loyers.

³⁴¹ E. Claudel, « Mutations récentes du droit de la concurrence », *RTD com.* 2000.877.

³⁴² Voir par exemple : Ph. Le Tourneau, « Rapport de synthèse », in *L'indemnisation*, Société de législation comparée, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. LIV, Paris, 2008, p. 4 et s., spéc. p. 14, note 28 ; P. Roy, « Rapport Canadien », in *L'indemnisation, op. cit.*, p. 89 ; Ph. Brun, « Rapport français », in *L'indemnisation, op. cit.*, n° 4.

auquel peuvent conduire les mécanismes de peines privées, s'il doit être relativisé, peut néanmoins être réellement gênant, notamment lorsqu'il conduit à donner à la victime un avantage concurrentiel³⁴³. Les difficultés à répartir le montant de la sanction punitive en cas de pluralité de victimes apparaissent également réelles. L'intérêt renouvelé pour la répression civile des comportements, couplé aux critiques liées à l'attribution des dommages et intérêts punitifs à la victime du comportement, ont conduit à envisager la création de nouvelles amendes civiles. Prononcées, dans la grande majorité des cas, par un juge civil, venant sanctionner des faits qui ne sont pas érigés en infraction pénale, les amendes civiles peuvent aisément apparaître comme des ersatz de dommages et intérêts punitifs, attribués non plus à la victime mais au Trésor³⁴⁴.

69. Le cas emblématique des pratiques restrictives de concurrence³⁴⁵. La manifestation la plus visible de ce mouvement est sans aucun doute l'ancien article L. 442-6, III du Code de commerce³⁴⁶. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, si elle consacrait par principe la liberté des prix et de la concurrence et procédait à la dépénalisation de comportements parfois lourdement sanctionnés, avait néanmoins prévu un cas de responsabilité spécifique pour les pratiques restrictives de concurrence. Dès l'adoption de ce mécanisme, l'absence d'une véritable sanction civile avait été déplorée par certains auteurs³⁴⁷. Les insuffisances de la responsabilité civile pour réguler en ce domaine les comportements étant apparues de plus en plus visibles³⁴⁸, une évolution a semblé nécessaire, sans pour autant vouloir revenir sur la dépénalisation opérée en 1986³⁴⁹. Ce sont alors des sanctions pécuniaires civiles qui ont été envisagées. Il a ainsi été proposé de consacrer des dommages et intérêts punitifs ou une amende civile. L'instauration d'un mécanisme de peine privée a néanmoins été

³⁴³ D. Fasquelle, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », art. préc. ; V. Delaporte, « Les sanctions en droit français et communautaire de la concurrence », *Justice et cassation* 2005, Dossier : les sanctions, n° 25.

³⁴⁴ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc. ; E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2017, 1344, n° 2 ; B. Javaux, « L'amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? », art. préc..

³⁴⁵ Sur cette notion voir : A. Fortunato, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence, op. cit., passim*.

³⁴⁶ Cette amende civile sanctionnait, outre les comportements listés au sein de l'article L. 442-6 du Code de commerce, les comportements envisagés aux articles L. 442-9 et L. 442-10 du même code. Depuis l'ordonnance du 24 avril 2019, elle sanctionne les comportements définis aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 du Code de commerce.

³⁴⁷ G. Virassamy, « Le nouveau régime des pratiques restrictives de concurrence », *D.* 1988 Chron. 113.

³⁴⁸ Elles tenaient principalement à la difficulté d'évaluer le préjudice, élément essentiel à la mise en œuvre de la responsabilité civile, ainsi qu'au caractère potentiellement lucratif des fautes commises. Voir notamment J.-Y. Le Déaut, *Avis présenté au nom de la commission de la production et des échanges*, doc. A.N. n° 2319 au sujet de la loi relative aux nouvelles régulations économiques, article 29.

³⁴⁹ Pour une critique : D. Mainguy, « L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2002, n° 48, p. 1729.

considérée comme incompatible avec l'objectif de préservation de la concurrence poursuivi en cette matière³⁵⁰, si bien que c'est un mécanisme d'amende civile d'un montant maximum de 2 000 000 euros qu'instaura finalement la loi du 15 mai 2001³⁵¹. En dehors de la sanction de la rupture brutale des relations établies, le mécanisme ne connut d'abord qu'un succès modeste. Il prit toutefois son essor avec la loi de modernisation de l'économie du 4 août 2008³⁵². En plus de prévoir un maximum alternatif au montant de l'amende égal « au triple du montant des sommes indûment versées »³⁵³, cette loi remplaça la prohibition de l'abus d'une relation de dépendance³⁵⁴ par l'interdiction de soumettre ou de tenter de soumettre le partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif, qui, à l'inverse de la majorité des comportements anciennement envisagés par l'article L. 442-6 du Code de commerce, connut un certain succès³⁵⁵.

70. Les cessions d'entreprises. Les amendes civiles introduites par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances doivent également retenir l'attention³⁵⁶. Ces amendes, qui viennent sanctionner le défaut d'information des salariés dans le cadre d'une cession d'entreprise, ne visent pas nécessairement à réprimer une faute lucrative³⁵⁷. Ces nouvelles manifestations ne

³⁵⁰ D. Fasquelle, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », *loc. cit.*.

³⁵¹ F.-J. Pansier, C. Charbonneau, « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (3^e partie) », *LPA* 2001/102, p. 14 ; J. Rochfeld, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001.671 ; E. Claudel, « Mutations récentes du droit de la concurrence », art. préc..

³⁵² Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie. Depuis la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques un troisième maximum a été ajouté à cette amende.

³⁵³ Par la suite un troisième maximum, en fonction du chiffre d'affaires annuel, fut ajouté. Depuis le 11 décembre 2016 le maximum de cette amende civile est fixé « à cinq millions d'euros. Toutefois, cette amende peut être portée au triple du montant des sommes indûment versées ou, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques mentionnées au présent article ont été mises en œuvre ». Voir par exemple : H. Leung, A. Diouf, « La négociation commerciale après la loi Macron : simple ajustement ou renforcement des contraintes ? », *RLC* 2016/46.

³⁵⁴ M. Béhar-Touchais, « Actualité des pratiques restrictives de concurrence », *RLDC* 2009/20 p. 146 ; M. Chagny, « Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* 2008, I 196 ; F. Riem, « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *RLDC* 2009/21, p. 38 ; D. et N. Ferrier, *Droit de la distribution*, Lexis Nexis, Paris, 7^e éd., 2014, n° 329.

³⁵⁵ Ph. Le Tourneau, M. Zoia, « Fasc. 1030 : Conditions de validité – Validité au regard du droit de la concurrence », *J.-Cl. Concurrence consommation*, LexisNexis, 2015 (actualisation avr. 2016), n° 92. Sur les raisons de l'inefficacité des autres comportements, voir par exemple : G. Canivet, « L'histoire sans fin des lois éphémères (ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution) », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Y. Serra*, LGDJ, Paris, 2006 ; M. Béhar-Touchais, « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLDA* 2010/46, p. 66 ; M. Malaurie-Vignal, « L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte », *CCC* 2006, étude 10.

³⁵⁶ Code de commerce, art. L. 141-23, L. 141-28, L. 23-10-1, L. 23-10-7.

³⁵⁷ L'information des salariés est uniquement destinée à leur permettre d'émettre eux-mêmes une offre d'achat de l'entreprise afin d'« encourager, de façon générale et par tout moyen, la reprise des entreprises et leur poursuite d'activité » (CC, Décision n° 2015-476 QPC, 17 juillet 2015, considérants n° 8 et 13).

semblent pas totalement correspondre aux cas pour lesquels les dommages et intérêts punitifs sont généralement envisagés. Sanctionnant une obligation précise, en réponse à une faute qui n'apparaît pas nécessairement d'une gravité particulière ou lucrative, elles semblent davantage constituer un nouveau cas d'amende civile sanctionnant le non-respect de certaines formalités. Pour autant, par certains aspects, elles se rapprochent également des amendes civiles modernes. En effet, ces amendes conduisent potentiellement au prononcé d'une amende d'un montant élevé (2% du montant de la vente), elles sont étrangères aux matières proprement civiles et elles ne répriment pas un manquement à des devoirs civils ou à des règles procédurales. Elles viennent sanctionner des comportements en matière économique. Cette ambiguïté est révélatrice d'une part de ce que l'instauration d'amendes civiles par le législateur ne répond pas à une cohérence d'ensemble mais révèle des besoins contingents de sanction, d'autre part de ce que l'amende civile est envisagée dans des cas de plus en plus divers, ce qui pourrait tendre à en faire une réelle concurrente de l'amende pénale³⁵⁸.

71. Les difficultés soulevées par le développement des amendes civiles.

Les cas d'amendes civiles relevant d'une logique similaire à celle de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce restent peu nombreux, les principales applications restant à l'heure actuelle purement prospectives. On peut néanmoins remarquer qu'une nouvelle manifestation de ce mouvement serait venue enrichir le droit positif si le Conseil constitutionnel n'avait pas, par une décision du 23 mars 2017³⁵⁹, censuré l'amende civile, en raison de la trop grande imprécision du texte d'incrimination, qui aurait été nouvellement prévue à l'article L. 225-102-4 du Code de commerce à l'encontre des sociétés manquant à leur devoir dans le cadre de la mise en place d'un « plan de vigilance » à l'égard de leurs filiales. Cette première censure d'une amende civile en raison de l'imprécision de l'incrimination est de nature à rassurer ceux qui s'inquiètent du développement de mécanismes, parfois très sévères, au sujet desquels l'application des principes directeurs du droit pénal présentent certaines zones d'incertitudes³⁶⁰. Dans la mesure où dans cette perspective l'amende civile est

³⁵⁸ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc..

³⁵⁹ CC, Décision n° 2017-750 DC, 23 mars 2017 ; K. Haeri, « Vigilance. - Une loi partiellement mais sévèrement censurée qui conserve une portée symbolique forte », *JCP G* 2017, I 545.

³⁶⁰ D. Bosco, « Droit constitutionnel et concurrence : faut-il désespérer ? », *CCC* 2011, repère 2.

envisagée pour répondre aux mêmes problématiques que les dommages et intérêts punitifs, et notamment aux fautes lucratives, le montant des amendes est alors susceptible d'être extrêmement élevé³⁶¹. Cette gravité explique alors le renouveau de la réflexion doctrinale quant à la nature des mécanismes en cause et aux garanties protégeant les personnes susceptibles d'être frappées par ces sanctions. On pense notamment aux cas dans lesquels des amendes civiles sont envisagées pour sanctionner des comportements définis en des termes très généraux, comme au sein de l'avant-projet ou du projet de réforme de la responsabilité civile³⁶². Ce renouveau de l'amende civile et l'importance des applications prospectives envisagées rend alors plus nécessaire que jamais de mieux cerner la définition de l'amende civile.

§II – Un essai de définition de l'amende civile.

72. Une définition difficile. Des manifestations de l'amende civile, un trait dominant émerge : leur diversité. Diversité quant aux matières au sein desquels ces amendes sont prévues, diversité dans les montants de ces amendes, diversité même quant à la compétence pour prononcer les amendes civiles. Si cette diversité impose de retenir une approche large de la notion d'amende civile, elle n'en rend pas pour autant toute définition impossible. Cette définition établie (A), il sera alors possible de l'éprouver en tentant de distinguer l'amende civile d'autres notions proches (B).

A – La définition de l'amende civile.

73. Des considérations contingentes complexifiant la construction d'une définition de l'amende civile. La manière dont a émergé la notion d'amende civile permet de comprendre les difficultés rencontrées à en donner une définition

³⁶¹ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 14. Outre l'amende prévue à l'article L. 442-4 du Code de commerce voir : Code rural et de la pêche maritime, art. L. 611-4-1 (Le caractère anti-lucratif de cette disposition ressort clairement de la prise en compte du volume de produit concernés par le non-respect de l'accord.) ; CCH, art. L. 651-2. Voir plus récemment, concernant la rémunération abusivement basse des apports en matière de société de coopérative agricole : Code rural et de la pêche maritime, art. L 521-3-1, V. Pour un parallèle entre cette amende et celle prévue à l'article L. 442-4 du Code de commerce : D. Hiez, « Réforme de la coopération agricole sous le signe de la méfiance », *RTD com.* 2019.425.

³⁶² Respectivement aux articles 1266 et 1266-1.

convaincante. En effet, l'analyse historique de l'amende civile révèle que l'adoption de mécanismes désormais qualifiés d'amendes civiles n'a, d'abord, pas été le résultat d'une volonté législative claire et homogène. Bien loin de répondre à une logique d'ensemble, l'apparition des amendes civiles s'explique, d'un point de vue pratique, en raison de considérations contingentes.

74. La concentration rationnelle de la compétence du juge civil pour les recours abusifs. La compétence juridictionnelle illustre très bien ces considérations contingentes, lorsque l'on s'interroge sur la question de savoir si la compétence du juge civil participe de la définition de l'amende civile. En effet, il n'est pas évident que le choix du juge civil ait, en toute circonstance, été délibérément adopté à l'aune d'une conception claire de l'amende civile, ce qui contrarie la position selon laquelle la compétence serait en la matière un critère fiable de définition.

Par exemple, la compétence du juge civil pour prononcer les amendes en cas de recours infondé s'est imposé de soi pour des raisons pratiques. L'éviction du juge pénal était, pour ce type d'amende, admise d'autant plus facilement que, originellement automatiques, ces amendes découlaient nécessairement du rejet d'un recours. L'attribution au juge pénal de la compétence pour prononcer, de façon liée et parfois même à un montant fixe³⁶³, une amende découlant de l'admission ou du rejet d'une prétention par le juge civil aurait confiné, d'un point de vue pratique, à l'absurde. Les amendes de procédure ont connu d'importantes évolutions ; leur caractère civil, et plus particulièrement la compétence civile du juge pour les prononcer, sont cependant demeurés constants et semblent toujours motivés par un souci d'efficacité. Certes, ces amendes ne présentent plus la même automaticité et sont désormais subordonnées au caractère abusif du recours, mais qui mieux que le juge tranchant le litige peut apprécier le caractère sérieux des arguments invoqués par les parties au litige et juger corrélativement du caractère abusif ou dilatoire de l'exercice d'une voie de droit ?

75. La compétence du juge civil pour les amendes civiles sanctionnant les officiers d'état civil. Des observations similaires peuvent être faites concernant les amendes civiles applicables aux officiers d'état civil. La compétence du juge civil ne saurait, en ce cas, s'expliquer par la même nécessité de concentration rationnelle des

³⁶³ Ainsi par exemple de l'amende qui était prévue par l'article 471 du Code de procédure civile.

compétences. Toutefois, la justification du caractère civil de l'amende apparaît là encore plus pratique que théorique. Bien que diverses raisons puissent sans doute être avancées pour expliquer cette attribution particulière, c'est principalement l'idée que, pour nécessaire que soit la sanction des formalités édictées par le Code afin d'en assurer le respect³⁶⁴, il aurait été excessif de soumettre, en raison d'un comportement qui peut ne relever que d'une simple erreur matérielle, l'officier d'état civil à « l'infamie qui s'attache toujours aux condamnations émanées par les tribunaux correctionnels »³⁶⁵. Le prononcé de la sanction par un juge non-pénal, sans inscription au casier judiciaire³⁶⁶, est potentiellement porteur d'une expression de réprobation moindre que la condamnation à une sanction pénale classique. Si telle est bien l'explication de la compétence du juge civil pour prononcer l'amende prévue par l'article 50, la particularité de cette amende résulte une fois encore de la recherche de certains effets, ainsi que d'un régime particulier³⁶⁷.

Il semble alors que ce soit effectivement à partir de considérations contingentes qu'ont été introduites les amendes à caractère civil. Ce constat explique la diversité de logique, de domaine, de montant et même de compétence qui caractérise manifestement la notion.

76. L'impossibilité de retenir une définition étroite de l'amende civile.

Dès lors, toute définition trop précise de l'amende civile semble nécessairement vouée à être inexacte. Il en est ainsi de la définition proposée par le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant. En définissant l'amende civile par le caractère civil de la

³⁶⁴ A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, *op. cit.*, p. 85.

³⁶⁵ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, 5^{ème} éd., 1894, n° 261. La même explication semble attachée à d'autres dispositions comme l'article 53 de la loi contenant organisation du notariat du 25 ventôse an XI qui prévoyait, avant son abrogation par l'ordonnance n° 45-1418 du 28 juin 1945, la compétence des tribunaux civils pour prononcer certaines amendes à l'encontre des notaires. La cour d'appel de Nancy avait ainsi estimé dans un arrêt du 30 août 1844 (arrêt cité par D. et A. Dalloz, *Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, *op. cit.*, t. 35, Paris, 1855, not. Peine, n° 749) que « l'intention du législateur a été non d'ôter à l'amende son caractère de peine, mais de donner une garantie de plus à des officiers ministériels et de ne pas les faire assoir sur les bancs de la police correctionnelle (nous soulignons) ».

³⁶⁶ M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », art. préc., n° 12.

³⁶⁷ Cette présentation doit cependant être nuancée : à supposer que le but du législateur ait été tel, il n'est pas évident que le caractère civil de l'amende élude nécessairement l'aspect stigmatisant de la sanction. Cf *infra*, n° 139 et s..

loi l'édicte et de la juridiction la prononçant³⁶⁸, ce dictionnaire donne de l'amende civile une vision apparemment cohérente mais en réalité erronée.

77. L'exclusion de l'élément de définition tenant à la compétence du juge civil. Il suffit, pour rejeter une définition trop étroite de l'amende civile, de revenir brièvement sur la possibilité pour les juridictions pénales de prononcer certaines amendes civiles. Il existe, nous l'avons vu, des incertitudes entourant l'application de cette compétence au sujet de certaines amendes du Code civil³⁶⁹. Toutefois, les principales manifestations de cette compétence du juge pénal en matière d'amende civile se trouvent aux articles 177-2, 212-2 et 392-1 du Code de procédure pénale³⁷⁰. Ces dispositions sanctionnent la constitution de partie civile abusive ou dilatoire, respectivement devant le juge d'instruction, la chambre de l'instruction ou par citation directe de la partie civile devant un tribunal correctionnel, d'une amende civile d'un montant maximal de 15 000 euros. Ces amendes, qui sont expressément qualifiées de civiles par le législateur, sont prononcées par chacune des juridictions saisies. Le caractère pénal des autorités prononçant ces amendes peut toutefois être discuté. En effet, ces trois amendes sont liées à la constitution ou à l'intervention de la partie civile devant le juge pénal : on pourrait alors considérer que le juge pénal est pris ici en sa dimension de juge des intérêts civils au sein de l'instance pénale. Cette explication ne convainc pourtant pas totalement.

D'une part, si le juge pénal statue en tant que juge civil, on aurait pu penser que les amendes civiles applicables devaient être celles sanctionnant l'exercice abusif de l'action sur le terrain civil. Or, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a, par le passé, expressément rejeté l'application des amendes civiles applicables en procédure civile aux plaintes avec constitution de partie civile³⁷¹.

D'autre part, la différence importante de montant entre les amendes prévues pour la même attitude devant le juge civil attire en effet l'attention : cinq fois plus importante

³⁶⁸ Dans ce sens voir par exemple : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 128 ; M. Malaurie-Vignal, « Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », art. préc., n° 1 ; M.-A. Chardeaux, « L'amende civile », art. préc..

³⁶⁹ Cf. *supra*, n° 36.

³⁷⁰ Pour une analyse du régime de ces amendes : Ph. Bonfils, « Partie civile », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018 (actualisation déc. 2019), n° 216 et s.. À ces articles il convient d'ajouter : Code de Procédure pénale, art. 564, 661, 673. Sur une amende anciennement civile prononcée par le juge pénal, cf *infra*, n° 332.

³⁷¹ Crim., 24 août 1981, n° 80-92-380.

devant le juge pénal que devant le juge civil³⁷², elle invite à penser qu'une différence de gravité existe quant aux comportements réprimés. Cette différence s'explique sans doute, en partie, par la nécessité particulière d'éviter l'encombrement des juridictions pénales, devant lesquelles des comportements abusifs sont particulièrement susceptibles d'être adoptés³⁷³. C'est alors bien le caractère pénal de la procédure qui justifie la différence de montant maximal de l'amende. Par ailleurs, la constitution de partie civile devant les juridictions pénales entraîne la mise en œuvre de l'action publique, parfois lourde de conséquences pour la partie victime du comportement abusif ou dilatoire^{374 375}. À cela on peut ajouter que l'article 13, II de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique³⁷⁶ porte, en cas d'action en diffamation contre un lanceur d'alerte, le montant des amendes civiles évoquées à 30 000 euros. Dans la mesure où il n'y a pas lieu de penser que ce type de contentieux est particulièrement susceptible d'encombrer les juridictions pénales, la différence de gravité de l'amende retenue ne semble pouvoir s'expliquer que par la gravité d'action visant à « museler », par des actions abusives en diffamation, les lanceurs d'alertes.

De l'ensemble de ces observations, il résulte que le juge prononçant l'amende civile statue bien dans le cadre d'une procédure considérée sous son aspect pénal, autrement dit en tant que juge pénal.

On pourrait certes, et sans doute à raison, objecter qu'il y a là une confusion entre les rôles respectifs des amendes civiles du Code de procédure pénale et l'infraction prévue à l'article 226-10 du Code pénal³⁷⁷. Il n'en reste pas moins que

³⁷² Le montant des amendes prévues par les articles 32-1, 559, 581 et 628 du Code de procédure civile était en effet, jusqu'à récemment, d'un maximum de 3 000 euros. Le fait que ces amendes aient été portées à 10 000 euros ne nous semble pas modifier la démonstration : c'est sans aucun doute par référence au montant des amendes de procédure civile applicables lors de l'adoption de leurs équivalents pénaux que le législateur a choisi le montant de ces dernières.

³⁷³ D. Rebut, « Justice pénale et justice civile, évolution, instrumentalisation et effets pervers ... », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 49.

³⁷⁴ Ce second aspect est néanmoins fortement nuancé par la jurisprudence. Ainsi la Cour de cassation affirme-t-elle, pour refuser l'application du principe de *ne bis in idem* que si l'infraction prévue à l'article 226-10 du Code pénal réprime les comportements destinés à nuire à autrui, l'amende prévue à l'article 177-2 du Code de procédure pénale sanctionne une atteinte au bon fonctionnement de la justice : Crim., 22 sept. 2015, n° 14-84.029, E. Dreyer, « Punir autant que nécessaire pour protéger des intérêts ? », *JCP G* 2015, 1285 ; R. Mesa, « Sanction pénale et amende civile encourues pour un même fait non à "non bis in idem" », GP. 2015/290, p. 14 ; obs. J. Pradel, « Procédure pénale », *D.* 2016.1727 ; G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato, « Droit pénal », *D.* 2016.2424.

³⁷⁵ B. Bouloc, *Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 27^{ème} éd., 2020, n° 749 ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, LexisNexis, Paris, 12^e éd., 2019, not. n° 1738 et 1801 ; N. Cayrol, « Action en justice », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2013 (actualisation janv. 2020), n° 168.

³⁷⁶ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

³⁷⁷ Cf *supra*, note n° 374.

l'article 13, II de la loi du 9 décembre 2016 illustre avec une particulière netteté qu'en droit positif, certaines amendes civiles sont édictées dans un cadre indubitablement pénal. Pour ces raisons, il semble impossible d'affirmer que c'est purement sous son aspect civil que le juge pénal est compétent pour prononcer les amendes civiles du Code de procédure pénale, si bien que même si la compétence du juge civil est un trait caractéristique majeur des amendes civiles³⁷⁸ il n'est pas possible d'en faire un élément de définition.

Ces éléments écartés, les particularités de l'amende civile peuvent alors être présentées en deux points.

78. Les éléments retenus. Classiquement, c'est par opposition aux règles applicables à l'amende « normale », l'amende pénale, que s'est construite l'amende civile. Certes, quant au régime applicable à ces deux formes d'amende, les différences doivent être nuancées. De ce que les principes directeurs du droit pénal s'appliquent dans une certaine mesure à l'amende civile³⁷⁹, des points de convergence existent nécessairement entre amendes civile et pénale. Pour autant, le droit pénal ne se résume pas à ses principes directeurs et les amendes civiles échappent par principe, même si dans une mesure variable, aux règles édictées par les Codes pénal et de procédure pénale. Les différences peuvent concerner notamment, outre la compétence fréquente des juridictions civiles pour prononcer les amendes du même nom, les règles de procédure qui sont alors par principe civiles³⁸⁰ : la prescription³⁸¹, l'absence de mention au casier judiciaire même lorsque le montant maximal de l'amende est équivalent ou supérieur aux contraventions de 5^e classe³⁸², le recouvrement³⁸³ ou encore, de façon plus contestable, l'autorité compétente pour définir l'infraction et le montant de la peine³⁸⁴. En résumé, hors des règles nécessairement applicables à l'ensemble des

³⁷⁸ Cf. *supra*, n° 61.

³⁷⁹ Cf. *infra*, n° 518 et s..

³⁸⁰ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 11.

³⁸¹ P. de Loynes, « Sur l'article 50 du Code civil », art. préc. ; G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil, op. cit.*, n° 261.

³⁸² Code de procédure pénale, art. 768.

³⁸³ M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », art. préc., n° 11.

³⁸⁴ Ainsi l'article 67 du décret n° 2017-892 modifie-t-il le montant des amendes civiles prévues aux articles 32-1, 207, 295, 305, 559, 581, 628, 1180-19 et 1216 du Code de procédure civile, celui des amendes civiles en cas de demande de sursis à exécution manifestement abusive et pour le cas où un créancier d'aliment fait de mauvaise foi usage de la procédure de paiement direct respectivement prévues par les articles R. 121-22 et R. 213-8 du Code des procédures civiles d'exécution, ainsi que celui de l'amende civile dont le montant est fixé à l'article

mécanismes punitifs³⁸⁵ et celles inhérentes à la qualité d'amende de l'amende civile, telle l'attribution du produit de l'amende au Trésor, voire éventuellement à un fonds d'indemnisation³⁸⁶, les amendes civiles ont été soustraites par le législateur à une partie plus ou moins importante des règles régissant les amendes pénales.

Par ailleurs, généralement prononcée par les juridictions civiles, parfois par les juridictions pénales, l'amende civile se distingue *a priori* de l'amende administrative en raison de l'autorité qui la prononce³⁸⁷.

79. L'analyse d'une proposition doctrinale de définition. Ces deux constats tendent à justifier la définition de l'amende civile précédemment retenue. On se souvient que l'on avait adopté la définition de Madame BÉHAR-TOUCHAIS de manière temporaire. Pour rappel, l'amende civile serait « celle 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 »³⁸⁸. Nous proposons d'apporter certains correctifs à cette définition.

80. Il est parfaitement juste d'affirmer que l'amende civile est prononcée pour des faits qui ne sont pas constitutifs d'une infraction pénale. Il est cependant important de comprendre le sens à donner à cette affirmation. Dès lors que l'amende civile n'est pas une réponse à une infraction pénale, elle ne sera pas par principe régie par les règles encadrant les amendes pénales, ce qui semble bien correspondre à la volonté du législateur lors de l'édiction d'amendes civiles³⁸⁹. Le raisonnement du législateur est sans doute finaliste : c'est parce qu'il veut que l'amende soit soumise à un régime particulier qu'il n'érige pas le comportement réprimé en infraction pénale. Pourtant la formulation retenue semble judicieuse : d'un point de vue logique, c'est parce que l'amende ne sanctionne pas une infraction pénale qu'elle n'est pas soumise

R. 3252-25 du Code du travail en cas de manquement par le tiers employeur saisi aux obligations de déclaration prévues à l'article L. 3252-9 du même code, le portant de 3 000 à 10 000 euros. Or ce faisant, le montant de ces amendes dépasse le taux contraventionnel, ce qui, à notre connaissance, constitue une première pour des amendes édictées par un texte de nature réglementaire ou dont le montant seul est fixé par un tel texte. Si, ne constituant pas des sanctions pénales au sens propre, les amendes civiles ne s'inscrivent pas dans le triptyque contravention, délit, crime, il y a sans doute matière à s'interroger sur la capacité ainsi reconnue au pouvoir réglementaire d'édicter des sanctions plus graves que des contraventions (*Cf infra*, n° 619 et s.).

³⁸⁵ *Cf infra*, n° 518 et s..

³⁸⁶ *Cf. infra*, n° 85.

³⁸⁷ *Cf infra*, n° 99. *Contra* : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n°280.

³⁸⁸ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 4. Dans le même sens : obs. Y. Lobin, *D.* 1970.116, spéc. p. 117, première colonne, définissant l'amende civile comme une « peine pécuniaire au profit du Trésor qui sanctionne une violation de la loi » (la violation de la loi étant entendue par opposition aux crimes, délits et contraventions).

³⁸⁹ *Cf. supra*, n° 61.

aux mêmes règles que les amendes pénales. Ainsi présentée, et contrairement à certaines critiques à l'encontre de définitions semblables de l'amende civile, celle-ci ne semble pas « un pur cercle vicieux »³⁹⁰. À l'inverse, il semble possible de considérer que cette définition est, certes de façon implicite, porteuse du critère d'identification des amendes civiles proposé³⁹¹. En effet, seul le législateur étant en mesure d'ériger un comportement en infraction pénale, on peut en déduire que si l'amende civile ne répond pas à une infraction pénale, c'est parce que le législateur n'a pas entendu ériger le comportement réprimé en une telle infraction³⁹². À défaut de l'exprimer expressément, cette définition est ainsi totalement conforme au critère d'identification de l'amende civile retenu.

Cependant, il faut sans doute refuser l'affirmation selon laquelle l'amende civile est nécessairement prononcée par une juridiction de l'ordre judiciaire. En effet, la loi de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle introduit la possibilité pour les juridictions administratives de prononcer une amende civile en cas d'obstacle à la conclusion d'un accord dans le cadre d'une action de groupe relevant d'un comportement abusif ou dilatoire³⁹³. Ce constat peut alors conduire à se demander si, à l'inverse de la proposition formulée par certains auteurs consistant à voir dans les amendes civiles des amendes administratives³⁹⁴, certaines amendes administratives ne pourraient pas être qualifiées de civiles³⁹⁵.

81. Proposition de définition. Nous proposons de définir l'amende civile comme *l'amende prononcée par une juridiction en réponse à un comportement ou une abstention prévus par un texte et qui, non constitutifs d'une infraction pénale,*

³⁹⁰ M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, op. cit., p. 85.

³⁹¹ Cf. *supra*, n° 61.

³⁹² E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, LexisNexis, Paris, 2e éd., 2015, n° 53 et 55 : « est une peine ce que la loi - et elle seule - désigne comme telle » ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », Paris, 6^{ème} éd., 2005, spéc. p. 55 : « sont pénales les sanctions qu'il plaît au législateur de qualifier ainsi ». Or cette proposition implique, négativement, que les sanctions dont le législateur n'entend pas faire des sanctions pénales ne sauraient avoir cette qualité, du moins au sens strict.

³⁹³ Code de la justice administrative, art. 77-10-14, créé par l'article 85 de la Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle.

³⁹⁴ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 280.

³⁹⁵ Cf. *infra*, n° 93.

n'entraînent pas, par principe, l'application de l'ensemble des règles régissant les amendes pénales.

82. La justification de la définition retenue. Cette définition peut sans doute se voir reprocher une certaine vacuité, abandonnant toute tentative de présentation cohérente au profit du seul arbitraire de celui qui édicte la mesure. Toutefois, elle nous semble justifiée dans la mesure où la diversité des amendes civiles ne permet pas de les lier trop systématiquement à une matière ou un type de comportement³⁹⁶, quand bien même ceux-ci peuvent souvent constituer des indices véritables d'identification des amendes civiles. En outre, la définition ici proposée vise à rendre compte des éléments qui définissent en droit positif l'amende civile. Elle ne vise alors qu'à dépeindre une image du mécanisme tel qu'il est et non tel qui pourrait, ou plutôt devrait, être.

Les éléments de définition de l'amende civile identifiés, il semble alors nécessaire de préciser ce qui distingue l'amende civile de certains mécanismes proches.

B – La distinction de l'amende civile de notions voisines.

83. L'amende civile et les sanctions para-pénales. L'amende étant par principe un mécanisme pénal, l'amende civile doit avant tout se distinguer de l'amende pénale. C'est d'ailleurs sur cette opposition que se sont concentrés les efforts de la doctrine si bien que, même si la distinction soulève encore des difficultés indéniables, celles-ci sont bien identifiées et les réponses ou pistes de réponses multiples³⁹⁷. Cependant, la multiplication des mécanismes répressifs « para-pénaux » conduit à renouveler les difficultés d'identification des amendes civiles. Parmi les mécanismes répressifs ne relevant pas au sens strict du droit pénal, deux types de mécanismes méritent d'être envisagés avec une attention

³⁹⁶ Les définitions procédant ainsi nous semblent pécher par excès et par défaut. Ainsi, outre qu'elles occultent certaines amendes (La définition du vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant utilise d'ailleurs l'expression « en général », signe que les éléments avancés constituent des exemples et non des éléments de définition.), elles ne rendent pas compte de ce que les cas ainsi visés sont parfois réprimés par de véritables sanctions pénales.

³⁹⁷ Cf. *supra*, n° 57 et s..

particulière du fait de leurs similarités avec les amendes civiles : les dommages et intérêts punitifs (1) et les amendes administratives (2).

1 – L’amende civile et les dommages et intérêts punitifs.

84. Exposé des difficultés. La distinction entre amende civile et dommages et intérêts punitifs est *a priori* simple. Alors que les dommages et intérêts punitifs sont attribués à la victime du dommage et constituent ainsi des peines privées³⁹⁸, les amendes civiles sont, par définition, attribuées au Trésor public³⁹⁹ et constituent des peines publiques⁴⁰⁰. Cette spécificité a été rappelée par la Cour de cassation dans un arrêt récent. Une cour d’appel avait condamné les demandeurs, auteurs d’un recours jugé abusif en révision contre un arrêt, à l’amende civile prévue par l’article 32-1 du Code de procédure civile. La décision prévoyait que les sommes devaient être versées à l’autre partie au procès. Fort logiquement, la Cour de cassation censure l’arrêt sur ce point, affirmant « que la condamnation à une amende civile ne peut être prononcée qu’au profit du Trésor public »⁴⁰¹. La distinction entre amende civile et dommages et intérêts punitifs paraît alors évidente et repose sur l’attributaire du produit de la sanction⁴⁰². Certaines difficultés peuvent néanmoins apparaître, dans deux situations au moins. D’une part, comment qualifier les sanctions pécuniaires qui ne sont attribuées ni à la victime d’un dommage, ni au Trésor public, mais à un fonds de garantie ? D’autre part, quelle qualification retenir lorsque le produit de la sanction est attribué pour partie à la victime du dommage, pour partie au Trésor ou à un fonds ? À l’étude de l’attribution du produit de la sanction à un tiers distinct du Trésor (a) doit ainsi succéder celle de l’attribution duale du produit de la sanction (b).

³⁹⁸ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 632.

³⁹⁹ Ou plus généralement une personne publique. Ainsi l’article L. 651-2 du Code de la construction et de l’habitation. Cette amende est, depuis le 27 mars 2014, attribuée à la commune sur le territoire de laquelle est situé le local concerné.

⁴⁰⁰ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*, V°. « Amende civile » ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d’une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 292 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 135 et 492 et s. ; M. Béhar-Touchais, *L’amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l’absence de dommages et intérêts punitifs ?*, art. préc., n° 19.

⁴⁰¹ Soc., 10 juill. 2019, n° 18-12.433 ; Civ. 2^{ème}, 16 mars 2017, n° 16-14.123. Voir également Chambéry, 11 janv. 2011, n° 10/01690 ; Versailles, 22 déc. 2000, n° 1999-2141.

⁴⁰² Voir par exemple : Ph. Pierre, « L’introduction des dommages-intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », *RDC* 2010, p. 1117 et s, spéc. p. 1122 : « l’hypothèse d’une généralisation des amendes civiles, essentiellement circonscrites aux actions en justice dilatoires ou abusives, semble mener à une telle dilution que leur distinction avec les dommages et intérêts punitifs en deviendrait artificielle, se réduisant à la seule question de leur bénéficiaire public et/ou privé et, finalement, à une décision plus politique que technique » ; P. Kamina, « Dommages et intérêts, quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2007/4, dossier 23.

a – L’attribution du produit de la sanction à un tiers distinct du Trésor.

85. L’attribution du produit d’une sanction pécuniaire à un fonds de garantie n’est pas hypothétique. Tel est le cas de la sanction pécuniaire d’un montant maximal de 15 % de l’indemnité finalement allouée que prévoit le Code des assurances en cas d’offre de l’assureur manifestement insuffisante à la suite d’un accident de la circulation⁴⁰³. Dans ce cas, le montant est versé au fonds de garantie des assurances obligatoires. Cette sanction a été présentée comme un exemple d’amende civile⁴⁰⁴. Toutefois, cette qualification prête à discussion. En effet, aux termes de l’article L. 421-2 du Code des assurances, le fonds de garantie des assurances obligatoires de dommages est une personne morale de droit privé⁴⁰⁵. Est-il alors possible, même lorsque le fonds attributaire de la sanction est une personne de droit privé, de considérer que la sanction en cause constitue une amende, et ce alors même qu’une amende est normalement payée au Trésor⁴⁰⁶ ? Il semble toutefois peu satisfaisant de considérer que ces sanctions constituent des dommages et intérêts punitifs, ceux-ci étant généralement présentés comme une somme versée à la victime excédant la seule réparation du dommage subi. Sauf à proposer un troisième type de sanctions pécuniaires à raison de l’attributaire, il semble alors nécessaire d’infléchir la définition retenue d’une des deux sanctions. Dans cette perspective, l’attribution à la victime est davantage consubstantielle des dommages et intérêts punitifs que l’attribution au Trésor ne l’est de l’amende⁴⁰⁷ : en ce qu’ils constituent une peine privée, les dommages et intérêts punitifs empruntent nécessairement les formes d’un mécanisme de droit privé⁴⁰⁸. Plus précisément, les dommages et intérêts punitifs sont principalement calqués sur les

⁴⁰³ Code des assurances, art. L211-14.

⁴⁰⁴ P. Jourdain, « Conclusion prospective », art. préc., n° 18. *Contra* : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 314, selon qui cette sanction constitue des dommages et intérêts multiples. Voir, qualifiant cette sanction de « peine semi-privée » : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit.*, n° 165.

⁴⁰⁵ Tel n’est pas le cas de tous les organismes d’indemnisation, ce qui rend la question particulièrement épineuse. Ainsi, aux termes de l’article L. 1142-22 du Code de la santé publique, l’ONIAM est « ...un établissement public à caractère administratif de l’État ... ».

⁴⁰⁶ J.-Y. Lassalle, « Amende pénale – Jour amende », préc., n° 1 ; G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique, op. cit.*, V° « Amende ».

⁴⁰⁷ L. Huguency, *L’idée de peine privée en droit contemporain, op. cit.*, p. 17 note 1 : « A plus forte raison écartons-nous du domaine des peines privées [...] Ces hypothèses ou l’État au lieu de recueillir lui-même le bénéfice de la peine en attribue le profit à un établissement de bienfaisance ».

⁴⁰⁸ L. Huguency, *L’idée de peine privée en droit contemporain, op. cit.*, p. 15 et s. ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 249.

dommages et intérêts, lesquels ne sauraient être attribués à une autre personne qu'à la victime. À l'inverse, il semble que les sanctions payées à des fonds, quand bien même ceux-ci seraient des personnes morales de droit privé, correspondent bien à la logique qui sous-tend l'attribution du produit des amendes au Trésor : l'amende étant une peine infligée en réponse à un comportement portant atteinte à l'intérêt général, il semble logique que le produit de l'amende soit attribué à l'État, dépositaire de cet intérêt⁴⁰⁹. La logique de l'attribution du produit de la sanction à un fonds d'indemnisation semble compatible avec ce raisonnement, les sommes étant attribuées à un organisme, certes parfois de droit privé, mais qui poursuit un objectif d'intérêt général, le plus souvent en lien avec le comportement sanctionné. Cette transposition semble d'autant plus facile lorsque le fonds est de droit public ou n'a pas la personnalité juridique. Il semble dès lors possible de qualifier de telles sanctions d'amendes civiles⁴¹⁰.

b – L'attribution duale du produit de la sanction.

86. Le cas de l'attribution duale d'une sanction pécuniaire soulève d'autres questions. Alors que l'attribution de la sanction pécuniaire à la victime conduit à qualifier celle-ci de dommages et intérêts punitifs, son attribution au Trésor ou à un fonds en ferait une amende civile. Comment alors analyser les cas dans lesquels le produit de la sanction est susceptible d'être réparti entre la victime, d'une part, et le Trésor ou un fonds, d'autre part ? Cette interrogation présente un caractère prospectif si ce n'est théorique. Un tel mécanisme était notamment envisagé par l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations dirigé par Pierre CATALA, lequel prévoyait que « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public [...] ». Si ce texte affirmait expressément instaurer un cas de dommages et intérêts

⁴⁰⁹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, loc. cit..

⁴¹⁰ En ce sens, voir le projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017, art. 1266-1, al. 5. On peut également mentionner pour mémoire l'ancien article R. 321-3 du Code de la construction et de l'habitation qui prévoyait l'affectation du produit des amendes civiles mentionnées à l'article L. 651-2 du même code à l'Agence nationale de l'habitat. Il s'agissait cependant uniquement d'une affectation du produit des sommes et non du versement de l'amende à une personne autre que l'État.

punitifs, on peut néanmoins s'interroger sur la nature de cette sanction potentiellement attribuée pour partie au Trésor⁴¹¹.

Deux qualifications semblent *a priori* concevables. La première conduit à considérer que, dès lors qu'une attribution duale est possible, le mécanisme en question serait une hybridation d'amende civile et de dommages et intérêts punitifs⁴¹². Tel devrait sans doute être le cas d'un mécanisme qui attribuerait de façon impérative le produit de la sanction à la fois à la victime et au Trésor ou à un fonds. À l'inverse, quand, ainsi que le prévoyait l'avant-projet CATALA, une des deux attributions est de principe et l'autre relève pour le juge de la simple faculté, l'attribution facultative apparaît comme une simple modalité, un correctif à l'enrichissement de la victime auquel pourraient conduire l'attribution de dommages et intérêts punitifs très élevés, qui n'affecte pas la nature du mécanisme considéré⁴¹³. Dans ce cas il semble justifié de considérer que le mécanisme en cause continue à pouvoir être qualifié de dommages et intérêts punitifs.

87. L'importance de la distinction, selon que l'on retient la qualification hybride ou celle de dommages et intérêts punitifs, est cependant à relativiser. Si la qualification est susceptible de produire de réelles conséquences, notamment quant aux modalités d'exercice de l'action⁴¹⁴, il ne semble pas possible, ainsi que le font certains auteurs⁴¹⁵ de considérer que les dommages et intérêts punitifs sont soumis à un régime significativement plus souple que l'amende civile, notamment en ce qui concerne le respect de la légalité des délits et des peines⁴¹⁶.

⁴¹¹ M. Béhar-Touchais, « Influence éventuelle de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile sur le droit des pratiques restrictives », *RLC*, 2006/41, n° 14 ; P. Sargos (prés.), *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/groupe_travail_10699.html, n° 91 et s., spéc. n° 92 : « On comprend mal cette intrusion de l'État. Ce qui est certain, c'est que la proposition fait naître une confusion entre dommages-intérêts punitifs et amende civile, pour un objectif assez voisin de celui de l'astreinte ».

⁴¹² S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 277 : l'auteur qualifie les mécanismes conduisant à une attribution duale du produit de la sanction entre la victime et « un organisme fonctionnant pour le bien de la communauté » de « peine "semi-privée" » ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », art. préc., n°21 : Pour l'auteur dès lors que les sommes sont au moins en partie octroyées à des organismes publics ou parapublics on s'oriente vers des amendes civiles.

⁴¹³ Cette logique se rapproche d'un rapport principal/accessoire, la qualification retenue suivant celle du principal. L'exposé des motifs du sous-titre III de l'avant-projet CATALA par Madame VINEY ne comprend pas de développements permettant sur ce point de s'assurer du raisonnement des rédacteurs. Outre que cette idée se dégage de la lettre même de l'article 1371, l'idée selon laquelle l'attribution facultative d'une partie de la sanction au Trésor ou à un fonds est un correctif de certains inconvénients des dommages et intérêts punitifs est accrédité par d'autres sources : G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

⁴¹⁴ Cf *infra*, n° 707 et s..

⁴¹⁵ G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

⁴¹⁶ Cf *infra*, n° 614 et s..

Les principales difficultés de distinction entre l'amende civile et les peines privées ayant été envisagées, une dernière difficulté de distinction doit être résolue. Il s'agit alors d'étudier les éléments de distinction des amendes civile et administrative.

2 – L'amende civile et l'amende administrative.

88. La difficulté de la distinction. Amendes civile et administrative présentent des points de convergence manifestes⁴¹⁷ : formellement exclues du champ du droit pénal⁴¹⁸, elles empruntent néanmoins la forme d'une sanction caractéristique de ce dernier afin d'assurer des fonctions qui lui sont généralement rattachées, relevant ainsi de ce qui a été qualifié de droit *quasi-répressif*. L'élément de distinction le plus évident entre les amendes civile et administrative repose sur l'autorité compétente pour prononcer ces amendes : alors que l'amende civile serait prononcée par une juridiction judiciaire⁴¹⁹ ou administrative⁴²⁰, l'amende administrative serait prononcée par une autorité administrative⁴²¹. La distinction semble dès lors évidente et s'interroger sur les critères de distinction entre amende civile et administrative peut, de prime abord, apparaître inutile.

89. L'étude de la distinction entre l'amende civile et l'amende administrative doit toutefois être approfondie. Si les amendes administratives présentent de nombreuses manifestations et apparaissent désormais comme une institution bien ancrée dans le paysage juridique répressif⁴²² en dépit de leur caractère relativement

⁴¹⁷ Voir déjà, au sujet des contraventions de grande voirie : E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, Paris, 1896, 2^{ème} éd., p. 630 et 631 : « L'amende prévue pour les contraventions de grande voirie se rapproche beaucoup plus des amendes civiles ou fiscales que des amendes pénales ».

⁴¹⁸ Voir par exemple l'article 23§5 du règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, qui dispose que « Les décisions prises en application des paragraphes 1 et 2 », à savoir les amendes prononcées par la commission, « n'ont pas un caractère pénal ». Sur les difficultés d'interprétation de ce texte voir : Y. Auguet, « Droit pénal et droit de la concurrence, "La transformation du fait répressif en droit de la concurrence", in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, op. cit., p. 279 et s., spéc. n° 12. Sur la distinction des amendes pénales et des amendes administratives voir également : E. Rosenfeld, J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 61 et s., not. p. 63 et 64. Les auteurs soulignent qu'il n'existe pas entre répression pénale et administrative un système bien net mais des choix d'opportunité.

⁴¹⁹ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc. n° 4.

⁴²⁰ Cf. *supra*, n° 80.

⁴²¹ M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, Economica, Paris, 1992, p. 12 et s. ; J. Prorok, « La répression civile », art. préc., n° 8

⁴²² Sur le constat du développement des sanctions administratives pécuniaires : M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », *D.* 1993.157.

récent⁴²³, elles ne cessent pour autant de soulever certaines interrogations : sanctionner le non-respect d'une règle de droit ne constitue pas un acte qui semble pleinement naturel pour l'administration⁴²⁴. Dès lors, si la différence entre amende civile et administrative ne tient qu'à l'autorité compétente pour prononcer la sanction, et que l'autorité administrative agit alors comme une véritable juridiction⁴²⁵, la distinction peut sembler bien maigre⁴²⁶. La distinction n'est d'ailleurs pas aussi clairement établie qu'il n'y paraît, l'identité entre les deux types d'amendes étant parfois alléguée. Ainsi le rapport d'information du Sénat consacré à la responsabilité civile indique que la notion d'amende civile « est également parfois utilisée pour désigner les sanctions financières imposées par certaines autorités administratives indépendantes, comme l'Autorité de la concurrence ou l'Autorité des marchés financiers »⁴²⁷. À l'inverse, Monsieur MAZABRAUD affirme que les amendes civiles, à l'exception de l'amende anciennement prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce⁴²⁸, constituent des sanctions administratives⁴²⁹. Selon l'auteur, les amendes civiles visent à réprimer un comportement contraire à une « réglementation administrative », des « règles de couleur administrative »⁴³⁰, justifiant ainsi la qualification d'amende administrative. Cette qualification serait d'autant plus justifiée que « sous un certain angle, le juge

⁴²³ Conseil d'État, *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, Études & documents n° 52, p. 311 : « Il existe en fait deux grandes catégories de sanctions : les sanctions à caractère professionnel ou fonctionnel, apparues les premières, qui restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et peuvent même aboutir à leur cessation d'activité et les sanctions pécuniaires qui commencent à apparaître dans les années 1980 ».

⁴²⁴ M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, not. p. 25 ; voir néanmoins : J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952.1.111, spéc. p. 112 ; J.-L. de Corail, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2013 ; G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 184, Paris, 1997, n° 90. Sur la proximité du droit pénal et du droit administratif, voir par exemple : P. Combeau, J. Leblois-Happe, « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, *op. cit.*, p. 379, spéc. p. 379 à 381.

⁴²⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchart, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Coll. « Précis », Paris, 34^{ème} éd., 2018, n° 1069 : « ... il n'est pas douteux que les décisions des autorités administratives indépendantes sont de nature juridictionnelle car le législateur a exigé que l'on respecte devant elles les droits de la défense, a organisé une procédure véritablement juridictionnelle et les a soumises au contrôle judiciaire de la cour d'appel et de la Cour de cassation ... ». Sur la juridictionnalisation de l'action répressive administrative voir également : P. Combeau, J. Leblois-Happe, « Droit pénal et droit administratif », art. préc., p. 387. F. Brunet, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013.113. *Contra* : Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.*, n° 29 et s.. On pourrait inversement se demander si certaines amendes juridictionnelles ne se rapproche pas davantage d'un fonctionnement administratif. Ainsi, certains auteurs considèrent-ils que les amendes forfaitaires sont mises en œuvre selon une procédure plus administrative que judiciaire : J.-Y. Lassalle, « Amende pénale et jour-amende », art. préc., n° 37.

⁴²⁶ Sur les points de convergence et de divergence quant aux principes applicables entre sanctions pénales et administratives : M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, Economica, Paris, 1992, p. 26.

⁴²⁷ A. Anziani et L. Bêteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 86.

⁴²⁸ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 292.

⁴²⁹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 276 à 280.

⁴³⁰ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 277.

représente aussi une administration »⁴³¹. Inversement, l'expression « amende civile » est parfois employée, par les auteurs, pour désigner des amendes généralement perçues comme administratives⁴³². *In fine*, il ne semble donc pas que la distinction des amendes civile et administrative soit aussi limpide qu'elle peut le paraître et il paraît alors utile de revenir sur ce qui est, ou devrait être, la ligne de démarcation entre ces deux formes d'amende.

90. La présentation générale des approches retenues : l'approche organique de la distinction et l'approche de la distinction reposant sur la sanction.

Deux façons d'aborder la question peuvent *a priori* être retenues. La distinction classique entre l'amende administrative et les autres types d'amende repose sur l'autorité compétente⁴³³. L'amende administrative serait celle prononcée par l'Administration. On peut alors comprendre cette exigence sous un angle purement organique, l'amende administrative étant alors celle prononcée par les « institutions qui composent le pouvoir exécutif »⁴³⁴. Cette approche présente l'avantage de la simplicité⁴³⁵, permettant une répartition relativement certaine entre l'amende

⁴³¹ *Ibid.*

⁴³² L. Grynbaum, « Diffusion d'information inexactes : faute intentionnelle et assurabilité », *Rev. sociétés*, 2012.637, commentant : Civ. 2^e, 14 juin 2012, n° 11-17.367. Dans cet arrêt, une clause du contrat d'assurance de responsabilité prévoyait la couverture des amendes et pénalités civiles. À la suite d'une condamnation à une amende administrative prononcée par l'AMF pour diffusion d'information inexacte, un litige s'était élevé quant à l'obligation de l'assurance de garantir cette condamnation. Or la cour d'appel, et après elle la Cour de cassation, n'avait rejeté la prétention de l'assuré qu'en raison du caractère intentionnel de la faute de celui-ci, garantie expressément exclue par l'alinéa 2 de l'article L. 113-1 du Code des assurances. Une certaine assimilation entre amende civile et administrative semble alors apparaître. Sur cet arrêt voir aussi : N. Rontchevsky, « Les sanctions administratives prononcées par l'Autorité des marchés financiers peuvent-elles être garanties par une assurance "Responsabilité des dirigeants" ? », *RTD com.* 2012 813 ; J. Kullmann, *Le lamy assurances*, Wolter Kluwer, coll. « Lamy expert », Paris, 2016, n° 1362.

⁴³³ A. Cappello, « Autorités administratives indépendantes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2016 (actualisation juill. 2019), n° 55. Voir cependant concernant l'absence de pertinence de ce critère dans la qualification des sanctions administratives : M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014, p. 37. Voir également : Ph. Théry, « Inconstitutionnalité de la saisine d'office du tribunal de commerce : variations sur la nature des procédures collectives », *RTD civ.* 2013.889, citant H. Motulsky, *Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé*, Travaux du comité français de DIP, 1948-1952, p. 13 : « Ce n'est pas tout de dire que, dans le fond, l'activité n'est pas juridictionnelle, mais administrative, ou de poser en principe que ces fonctions "auraient pu" être confiées à des organes administratifs : le fait est que ce n'est pas le cas ; et, le plus souvent, c'est précisément au magistrat, en raison de sa qualité de magistrat, autrement dit à l'organe judiciaire et juridictionnel comme tel, que le législateur s'adresse... » (p. 17). Autrement dit, que l'organe peut créer la fonction... ».

⁴³⁴ B. Seiller, « Acte administratif : identification », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation avr. 2019), n° 15.

⁴³⁵ Encore faut-il signaler le problème que posent les AAI et les API, dont l'indépendance vis-à-vis du gouvernement s'articule difficilement avec l'alinéa 2 de l'article 20 de la Constitution en vertu duquel le Gouvernement « ... dispose de l'administration ... » ; F. Stasiak, « Autorités administratives indépendantes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, n°8 ; J.-Ph. Feldman, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010.2852, citant S. Rials, note sous CE, ass. 10 juill. 1981, *Retail*, *Rev. adm.* 1981.496. On peut par ailleurs ajouter que le fait même de conférer à des autorités des missions de répressions pourrait tendre à transformer ces autorités en juridiction : M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends,

administrative et les autres amendes. Il peut néanmoins être reproché à cette approche organique d'être excessivement formelle : si en prononçant une amende, l'administration agit en tous points comme une juridiction, le critère de distinction reposant sur l'autorité compétente, pour être clair, n'en est pas moins vide de sens⁴³⁶. Ce critère prend, à l'inverse, tout son sens si l'activité d'une administration prononçant une amende administrative diffère de celle d'une juridiction prononçant une amende juridictionnelle. L'approche organique suppose alors d'identifier ce qui fait la particularité de l'activité juridictionnelle par rapport à l'activité administrative, autrement dit de s'intéresser aux notions d'acte juridictionnel et d'acte administratif.

Une autre approche de la distinction entre l'amende civile et l'amende administrative pourrait reposer sur un critère propre à la sanction elle-même, autrement dit supposerait de s'interroger sur ce qui fait la particularité d'une sanction administrative. Cette méthode ne diffère en réalité pas totalement de la première dans la mesure où un élément important de l'identification des sanctions administratives repose sur l'autorité compétente pour infliger la sanction⁴³⁷. Pourtant, certaines différences entre les deux approches proposées peuvent apparaître, la sanction administrative n'étant pas toujours purement et simplement assimilée à la sanction prononcée par l'administration⁴³⁸.

91. En d'autres termes, l'amende administrative doit se distinguer de l'amende juridictionnelle par l'activité qui conduit à son prononcé ou par sa matérialité. Autrement, si l'Administration inflige, de façon identique à une juridiction, une sanction en tout point similaire, il faut sans doute admettre qu'il n'existe pas de réelles différences conceptuelles entre ces amendes. La distinction peut alors néanmoins présenter un intérêt certain quant aux régimes des amendes en question, notamment par rapport aux amendes pénales dont le fonctionnement est très précisément prévu. L'intérêt de la distinction serait toutefois moindre vis-à-vis des amendes civiles qui, ne

entre office de régulation et office juridictionnel civil », in *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 269 et s., spéc. n° 4. Enfin ce critère s'applique difficilement à certaines amendes pénales, notamment en matière routière, qui sont mises en œuvre antérieurement à l'intervention du juge pénal : Voir par exemple : M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 37.

⁴³⁶ Voir plus généralement, en faveur d'une distinction des juridictions et administrations fondées sur la fonction : voir par exemple L. Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA* 2014.1119.

⁴³⁷ Cf *infra*, n° 96.

⁴³⁸ *Ibid.*

constituant pas formellement des sanctions pénales, ne sont pas régies par l'ensemble des règles applicables à ces dernières⁴³⁹.

92. La mise en œuvre de la distinction fondée sur le critère organique.

La première approche suppose d'envisager la distinction entre l'acte administratif et l'acte juridictionnel. Il ne faut sans doute pas espérer trouver dans le critère organique un critère de distinction aisé à mettre en œuvre pour opposer l'amende administrative de l'amende civile. Comme cela a pu être souligné, « La détermination d'un critère de l'acte juridictionnel [...] constitue l'un de ces problèmes juridiques qui ne procurent jamais à celui qui les étudie une impression de complète satisfaction »⁴⁴⁰. Cette question est traditionnellement davantage étudiée par les auteurs spécialistes de droit administratif que de procédure civile⁴⁴¹. Historiquement, la confusion en matière administrative entre l'administration active et l'autorité chargée de trancher les contestations soulevées vis-à-vis d'actes administratifs avait logiquement conduit à l'adoption d'un critère matériel de l'acte administratif⁴⁴², centré sur le caractère contentieux de l'acte⁴⁴³. L'arrêt Cadot et la remise en cause de la théorie du ministre-juge mit fin à cette conception et laissa alors place dans la doctrine publiciste à un critère davantage formel⁴⁴⁴. L'acte juridictionnel, quant à lui, serait, sommairement, celui accompli par un organe présentant certaines garanties pour les administrés⁴⁴⁵ que l'acte administratif ne présenterait pas. La raison principale de cette différence tiendrait au fait que l'autorité administrative « ayant à faire face aux besoins de l'État, peut être dominé[e] ou, du moins, influencé[e] par la considération des intérêts administratifs auxquels [elle] a à pourvoir ... »⁴⁴⁶. Par ailleurs, l'acte juridictionnel serait adopté selon

⁴³⁹ Cf. *supra*, n° 78 et s..

⁴⁴⁰ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, *op. cit.*, n° 1065.

⁴⁴¹ *Ibid.*

⁴⁴² Cette approche aurait également été justifiée par l'idée selon laquelle il existe une confusion à définir les « fonctions du pouvoir » par les « organes du pouvoir » : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, réédition présentée par E. Maulin, Paris, 2004, n° 252.

⁴⁴³ On trouve également envisagé l'idée selon laquelle le jugement est une opération préalable à l'exécution ou encore la distinction difficilement contestable entre l'action directe de l'administration et l'activité consistant à statuer sur la régularité de l'action administrative. Toutefois dans la mesure où l'activité juridictionnelle constitue alors une étape de la mise en œuvre concrète des règles de droit, elle peut être rattachée à la fonction exécutive : *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, n° 253.

⁴⁴⁴ J. Chevallier, *Réflexions sur l'arrêt Cadot*, PUF, 1989, Droits, n° 9, p. 85 et s. : Voir également : R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, n° 256

⁴⁴⁵ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 1008 : organes spécialisés, hiérarchisés, indépendants et autonomes.

⁴⁴⁶ R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'État, op. cit.*, n° 256. La critique adressée à ce critère tient principalement à ce qu'il ne permet pas de distinguer au sein d'un organe ce qui relève ou non d'une

une procédure suivant « des formes spéciales et rigoureuses, dont l'emploi assure aux décisions juridictionnelles une valeur et une force, qui permettent aux justiciables de les accepter avec confiance, ... »⁴⁴⁷.

À l'inverse, et bien qu'un consensus absolu ne puisse pas être dégagé⁴⁴⁸, la conception de l'acte juridictionnel retenue par la doctrine privatiste semble principalement reposer sur un critère matériel. La particularité essentielle de l'acte juridictionnel tiendrait dans l'opération intellectuelle consistant à constater l'atteinte au droit⁴⁴⁹, c'est-à-dire dans la mise en œuvre d'un syllogisme juridique, auquel il conviendrait néanmoins d'ajouter un aspect formel tenant principalement à la qualité de tiers étranger aux intérêts en cause de l'organe rendant la décision⁴⁵⁰.

93. En ce qui concerne la distinction de l'amende civile et de l'amende administrative, l'aspect matériel ne semble devoir jouer qu'un rôle marginal sinon inexistant. De ce que les principes directeurs du droit pénal, et notamment le principe de légalité des délits et des peines, s'appliquent aux amendes administratives⁴⁵¹, le prononcé tant d'une amende civile, que d'une amende administrative doit nécessairement être précédé du constat du non-respect du comportement rendu obligatoire par le texte d'« incrimination ». De ce fait, dans une perspective de distinction des deux sortes d'amendes, le critère matériel de l'acte juridictionnel semble neutralisé⁴⁵². Seul reste alors le critère formel, *i.e.* le fait que la décision soit entourée de garanties organiques et procédurales suffisantes, notamment le fait que le juge, à

activité juridictionnelle. À cela il est ajouté que le caractère sommaire d'une procédure d'une procédure ne retire pas nécessairement à l'acte son caractère juridictionnel : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 1069.

⁴⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁴⁸ Pour une présentation des principaux critères ayant été envisagés, voir : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 1068 à 1076.

⁴⁴⁹ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 1073 ; L. Cadet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Paris, 9^e éd., 2016, n° 79 ; *contra* : M. Bandrac, « De l'acte juridictionnel et de ceux des actes des juges qui ne le sont pas », *in. Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drat*, Dalloz, Paris, 2000, p. 171 et s., n° 2.

⁴⁵⁰ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 1075 et 1076 ; L. Cadet, J. Normand, S. Amrani-Mekki, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2013, n° 106 ; J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n°328 et 332. En ce sens également : D. d'Ambra, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 236, Paris, 1994, p. 313 : « La fonction juridictionnelle consiste plus précisément à faire trancher, à la demande d'une partie, par une personne neutre, un tiers arbitre, un juge, les litiges entre deux ou plusieurs individus jouissant de droits égaux ». Voir déjà, s'interrogeant sur la qualité de juridiction du Conseil de la concurrence : R. Martin, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP G* 1990, I 3469, n° 4 et s..

⁴⁵¹ *Cf. infra*, n° 548.

⁴⁵² Du moins concernant la caractérisation de l'acte juridictionnel à travers la mise en œuvre d'un syllogisme. En revanche, la qualité de tiers étranger aux intérêts en cause peut sembler pertinente.

l'inverse de l'administration, soit étranger aux intérêts en cause⁴⁵³ et que le but de son action soit uniquement le respect du droit⁴⁵⁴. Cette exigence pourrait sembler exclure que toute administration réalise un acte juridictionnel⁴⁵⁵, y compris les autorités indépendantes. Concernant l'Administration dans sa forme classique, la dépendance de celle-ci vis-à-vis du pouvoir politique⁴⁵⁶ semble en effet contraire au critère organique de l'acte juridictionnel. Concernant même les autorités indépendantes⁴⁵⁷, il n'est pas évident que celles-ci puissent accomplir un acte juridictionnel⁴⁵⁸ : contrairement aux organes juridictionnels, elles n'ont pas pour seul objectif d'assurer le respect des règles de droit mais poursuivent des objectifs divers⁴⁵⁹, tels la « stabilité financière »⁴⁶⁰, la protection de certaines personnes⁴⁶¹, le libre jeu de la concurrence⁴⁶² et, plus généralement, le bon fonctionnement de certains secteurs d'activité⁴⁶³. Néanmoins, les garanties qui entourent au sein de ces autorités le prononcé de sanctions, notamment pécuniaires, et plus encore l'établissement au sein de certaines de ces autorités de commissions chargées exclusivement du prononcé des sanctions, principalement la

⁴⁵³ J. Héron et Th. Le Bars, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*. Pour une discussion sur la spécificité du régulateur par rapport au juge tenant dans le pouvoir d'opportunité du premier, voir : M.-A. Frison-Roche, « Les qualités du régulateur face aux exigences du droit », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, vol. 1, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 128 et s..

⁴⁵⁴ Voir cependant, concernant la question, certes quelque peu différente, du pouvoir de règlement des litiges des autorités de régulation (toutefois, sur les éléments de rapprochement du pouvoir répressif et de règlement des conflits des autorités de régulation, voir : M.-A. Frison-Roche, « Le pouvoir du régulateur de régler les différends, entre office de régulation et office juridictionnel civil », art. préc., n° 42 et s.) ; E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », in *Les risques de régulation*, *op. cit.*, p. 257, spéc. p. 259.

⁴⁵⁵ G. Marcou, « Mode de répression et action administrative », in *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, *op. cit.*, p. 57 : « ... la mission de l'administration et du pouvoir exécutif en général est bien distincte de celle des juges, pénal ou administratif ... »

⁴⁵⁶ G. Marcou, « Mode de répression et action administrative », art. préc., p. 58 : « Si dans les deux cas (sanction administrative et pénale), il s'agit de punir, la principale différence est alors que les sanctions pénales sont prononcées par un juge, dont l'indépendance est garantie, tandis que les sanctions administratives sont prononcées par des autorités qui dépendent du pouvoir politique ».

⁴⁵⁷ Sur les difficultés soulevées par cette notion voir : H. Lécuyer, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », *RDA* 2019/18. L'adoption d'une loi organique (loi n° 2017-54) et d'une loi « ordinaire (loi n° 2017-55) sur la question ne semblent pas avoir levé toutes les incertitudes : F. Chaltiel, « La loi relative aux autorités administratives indépendantes », *LPA*, 2018/86, p. 8 ; A. Bellezza, « Brèves observations relatives aux lois du 20 janv. 2017 concernant les autorités publiques et administratives indépendantes », *RSC* 2017.560.

⁴⁵⁸ P. Delvolvé, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, 17 sept. 2001, p. 18, n° 2.

⁴⁵⁹ Voir par exemple : R. Martin, « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP* 1973, IV 6316, n° 26

⁴⁶⁰ CMF, art. L. 621-1, al. 2, définissant les missions de l'AMF et L. 612-1, I, définissant les missions de l'ACPR.

⁴⁶¹ CMF, art. L. 612-1, I.

⁴⁶² C. Com, art. L. 461-1, I, définissant les missions de l'autorité de la concurrence, Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 3-1, définissant les missions du CSA.

⁴⁶³ Code de l'énergie, art. L. 131-1 définissant les missions de la CRE, Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 3-1 ; J.-Ph. Feldman, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010.2852.

commission des sanctions de l'AMF⁴⁶⁴ et celle de l'ACPR⁴⁶⁵, tendent à relativiser cette idée⁴⁶⁶. La qualification de ces commissions est complexe. Ainsi, concernant la commission des sanctions de l'AMF, le Conseil d'État a finalement admis que celle-ci constituait un tribunal au sens de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, tout en lui déniait néanmoins la qualité de juridiction au sens du droit interne⁴⁶⁷, non d'ailleurs sans certaines ambiguïtés⁴⁶⁸.

94. Les recours⁴⁶⁹. La question des recours à l'encontre des décisions de sanction des autorités administratives doit être évoquée. Loin de simplifier l'analyse, celle-ci aboutit à une complexité que ces autorités dénoncent parfois elles-mêmes⁴⁷⁰. Il peut ainsi sembler surprenant que les recours contre les décisions de l'Autorité de la concurrence, ou celles de la commission des sanctions de l'AMF à l'encontre de non-professionnels des marchés, prononçant des amendes administratives soient formés devant la Cour d'appel de Paris⁴⁷¹. Il s'agit certes techniquement d'un recours en excès

⁴⁶⁴ CMF, art. L. 621-2, IV ; Sur l'ambiguïté de la nature de l'AMF : D. Costa, « L'Autorité des marchés : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA* 2005.1174. On peut par ailleurs remarquer qu'en vertu de l'article L. 621-1 du Code monétaire et financier, l'AMF constitue une Autorité publique indépendante et non administrative : D. Martin, E. Dezeuze, F. Bouaziz, *Les abus de marché. Manquements administratifs et infractions pénales*, LexisNexis, Paris, 2013, n° 453. Sur la volonté de certains anciens président de la commission des sanctions de transformer celle-ci en véritable tribunal des marchés financiers, voir *Les Échos*, 27 octobre 2011.

⁴⁶⁵ CMF, art. L. 612-4.

⁴⁶⁶ Voir également la commission des sanctions de l'Agence française anticorruption, instituée par l'article 2 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. Concernant la sanction pécuniaire pouvant être prononcée par cette autorité, voir l'article 17 de la même loi.

⁴⁶⁷ CE, 4 févr. 2005, req. n° 269001, *société GSD Gestion* ; M. Guyomar, « Le Conseil d'État statue pour la première fois sur une sanction prononcée par l'Autorité des marchés financiers », *LPA*, 2005/82, p. 5 ; obs. Ph. Graveleau, *GP* 2005/256, p. 20 ; F. Boucard, *GP*, 2006/173, p. 24 ; N. Rontchevsky, « Le contrôle du Conseil d'État sur les décisions de sanctions administratives ou disciplinaires en matière financière », *RTD. com.* 2005.384. D'une façon plus générale : Conseil d'État, *Rapport public* 2001. *Les Autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 329. Voir antérieurement sur le refus de la qualité de juridiction au Conseil de la concurrence la célèbre décision du Conseil constitutionnel : CC, Décision n° 86-224 DC, 23 janv. 1987, considérant n° 22 : « compte tenu de la nature non juridictionnelle du conseil de la concurrence ».

⁴⁶⁸ D. Costa, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA* 2005.1174 : si dans cet arrêt le Conseil d'État ne précise pas les critères pris en compte pour rejeter la qualification de juridiction concernant la commission des sanctions de l'AMF, les critères traditionnels employés par le juge administratif sont « un organisme collégial, doté d'un pouvoir de décision, dans une matière particulière et respectant certaines formes », ce qui rejoint les critères que le Conseil d'État avait utilisé, notamment dans l'arrêt Didier rendu le 3 décembre 1999, pour qualifier le Conseil des marchés financiers de juridiction au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. La différence entre les deux notions ne semble alors qu'être une question de degrés. Ce serait *in fine* principalement la nature du recours exercé contre les décisions de la commission des sanctions, recours de pleine juridiction, qui serait incompatible avec la qualification de juridiction de cet organe.

⁴⁶⁹ Sur les cas spécifiques de recours des décisions des AAI devant l'ordre judiciaire voir : J. Massot, « La répartition du contentieux entre les deux ordres », *RFDA* 2010.907.

⁴⁷⁰ H. Lécuyer, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », art. préc..

⁴⁷¹ C. com., art. L. 464-8, al. 1^{er} pour l'Autorité de la concurrence et CMF, art. L. 621-30 pour l'Autorité des marchés financiers. Sur ce recours : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Droit interne et européen du procès civil*, *op. cit.*, n° 1233.

de pouvoir ou de plein contentieux, mais en l'absence de dispositions spécifiques, les règles du Code de procédure civile trouveront à s'appliquer, ce qui tend alors à rapprocher fortement ce recours d'un véritable appel⁴⁷². Ces éléments tendent dès lors à accréditer l'idée selon laquelle la première décision constituait un véritable acte juridictionnel.

95. Les sanctions non juridictionnelles prononcées par des autorités administratives. La nature des actes adoptés par les autorités administratives prononçant des sanctions pécuniaires demeure incertaine. Il semble, en revanche, possible d'affirmer que, lorsque l'autorité chargée de prononcer la sanction ne respecte pas les garanties nécessaires, la qualification d'acte juridictionnel est exclue⁴⁷³. Il n'est pas ainsi certain que le CSA respecte toutes les garanties exigées par l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, notamment en ce qui concerne la publicité de la décision de sanction, le Conseil d'État rappelant alors que les garanties en cause peuvent être assurées via le recours en pleine juridiction qui s'exerce devant lui⁴⁷⁴. Le respect par le CSA des conditions formelles pour prononcer un acte juridictionnel est d'autant moins certain que, si les sanctions que celui-ci prononce peuvent l'être en raison d'un manquement à la loi ou aux règlements suite à une mise en demeure⁴⁷⁵, elles le sont parfois en raison de manquements aux obligations résultant des conventions passées avec le CSA lui-même,

⁴⁷² H. Lécuyer, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », *loc. cit.*. S'appuyant sur la spécificité des recours pour rapprocher ce qui était à l'époque le Conseil de la concurrence d'une juridiction : R. Martin, « La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », art. préc., n° 13 et s.. Sur l'hypothèse dans lesquelles les recours devant la cour d'appel de Paris étaient purement pour excès de pouvoir : R. Drago, « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA* 1990.757 : « Dans d'autres cas, au contraire, à propos des mêmes autorités, la loi et la jurisprudence décident que les recours portés devant la cour d'appel de Paris ne sont que des recours pour excès de pouvoir conduisant le juge à annuler l'acte attaqué s'il est illégal. Dans son article précité, M. Delvolvé indique tous les cas dans lesquels certaines décisions des organismes qu'il étudie (Conseil du marché à terme, Conseil des bourses de valeurs, C.O.B.) ne peuvent relever que d'un recours pour excès de pouvoir porté devant la cour d'appel de Paris ». Voir également, refusant toute assimilation entre ces procédures de recours et un appel : J.-F. Lepetit, « État, juge et régulateur », in *LPA* 2003/17, M.-A Frison-Roche et J. Marimbert (dir.), *Régulateurs et juges, forum de la régulation*.

⁴⁷³ R. Guillien, « Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, p. 117 et s., spéc. p. 127 : au titre du critère formel, l'auteur affirme que le minimum semble la distinction de l'autorité émettrice de la règle de celle chargée de vérifier la légalité des applications. Or tel n'est ou n'a pas toujours été le cas des autorités administratives aptes à prononcer des amendes.

⁴⁷⁴ CE 6 janv. 2006, req. n° 279596, *Société Lebanese Communication Group* ; E. Guillaume, L. Coudray, « Autorité de régulation (Contentieux des) », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2010 (actualisation avril 2016), n° 168. Cette exigence résulte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir par exemple : CEDH, *A. Menarini Diagnostics c. Italie*, 27 sept. 2011, n° 43509/08, § 59. Le Conseil d'État a néanmoins précisé que certaines garanties de l'article 6§1, notamment le principe d'impartialité, devaient être respectés dès la phase administrative : CE, Ass., 3 déc. 1999, n° 207434.

⁴⁷⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, art. 42 et 42-1, respectivement modifiés par l'article 77 de la loi n° 2017-256 du 28 février 2017 et par l'article 26 de la loi n° 2013-1028 du 15 novembre 2013.

en vertu notamment de l'article 33-1 de la loi du 30 septembre 1986, ce qui semble peu compatible avec l'exigence de neutralité des juridictions⁴⁷⁶.

La nature administrative ou juridictionnelle de l'acte conduisant au prononcé de la sanction pécuniaire fournit un élément intéressant pour cerner la différence entre l'amende civile et l'amende administrative. Cependant, les incertitudes qui entourent ces deux types d'actes conduisent à ne pouvoir s'arrêter à ce critère pour distinguer la nature des amendes en cause. Il convient alors de s'intéresser à ce qui fait la particularité de la sanction administrative.

96. La mise en œuvre de la distinction fondée sur la matérialité de la sanction. À l'inverse de la distinction entre acte juridictionnel et acte administratif, les critères d'identification des sanctions administratives ne sont généralement pas perçus comme soulevant de difficultés majeures⁴⁷⁷, même si leur mise en œuvre peut s'avérer problématique. Pour autant, plusieurs conceptions de la sanction administrative existent ou ont pu exister.

Une présentation classique de la question, portée notamment par Jean-Marie AUBY consiste à limiter la sanction administrative aux cas dans lesquels il existe un lien préalable entre l'administration et le destinataire de la sanction, la sanction devant normalement porter sur ledit lien⁴⁷⁸. Si cette présentation a un temps convaincu, elle a depuis été largement abandonnée, le développement de sanctions affectant des citoyens sans lien préalable avec l'administration en cause et la jurisprudence des juridictions

⁴⁷⁶ R. Guillien, « Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », *loc. cit.*. Voir cependant, admettant le respect de l'article 6§1 par une sanction prononcée par la CSA pour non-respect d'une convention le liant à un opérateur : CE, 29 juill. 2002, n° 221302, « Le droit à un procès équitable s'applique aux décisions du Conseil supérieur de l'audiovisuel qui prononcent des pénalités contractuelles », *Lebon* 2002. À l'inverse, les sanctions prononcées en raison d'un manquement au règlement général de l'AMF, si elles ont pu soulever des difficultés liées à la séparation des pouvoirs, ne résultent pas d'un manquement à une convention passée entre le justiciable et l'autorité de sanction.

⁴⁷⁷ M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, not. p. 35.

⁴⁷⁸ J.-M. Auby, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges Jean Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 69 et s. ; J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *loc. cit.* : « D'une part, la sanction administrative suppose un lien déjà individualisé entre l'Administration et l'intéressé : ce dernier collabore par exemple à l'exécution d'un service public, il bénéficie d'une autorisation accordée par l'Administration ou d'une prestation versée par elle. Le pouvoir disciplinaire ne pourrait s'appliquer aux relations générales de l'État et des citoyens sans supplanter d'une manière inadmissible le droit pénal. D'autre part, la sanction pénale ayant pour objet une atteinte, à des fins de protection sociale, à la liberté ou au patrimoine des citoyens, on doit considérer comme contestable l'organisation d'un système de sanctions administratives relatives aux mêmes éléments qui aurait pour résultat d'éviter l'intervention tutélaire des tribunaux, gardiens de la propriété et de la liberté. La sanction administrative ne peut s'appliquer qu'à l'objet même des relations spéciales qui fondent le pouvoir disciplinaire, à la carrière d'un agent public, à l'exécution d'un marché par un entrepreneur, au titre ou à la prestation administrative » ; Pour une présentation globale de cette conception : Th. Perroud, *op. cit.*, n° 160 et s. ; Voir pour le développement en Allemagne de cette théorie et son recul dans une période plus récente : F. Moderne, « La sanction administrative », *RFDA* 2002.483.

administratives ne semblant pas compatibles avec cette théorie⁴⁷⁹. Elle conduit, du reste, appliquée strictement, à exclure du champ des sanctions administratives la quasi-totalité des sanctions pécuniaires lesquelles sont, par principe, sans rapport avec le lien entre l'administration et le destinataire de la sanction. Des critères d'identification renouvelés ont alors été avancés. Ainsi Franck MODERNE a proposé une approche de la sanction administrative prenant en compte quatre critères⁴⁸⁰ :

1° La finalité punitive de la mesure. Cette finalité rapproche la sanction administrative de la sanction pénale mais elles se distingueraient en ce que le droit pénal viserait également un but de réinsertion beaucoup plus secondaire concernant les sanctions administratives. Il n'en demeure pas moins qu'une distinction des sanctions administratives et pénales fondée sur la finalité des mécanismes reste, *a minima*, extrêmement difficile à opérer⁴⁸¹.

2° L'objet de la mesure. Ce critère paraît cependant limité. Hormis la privation de liberté qui semble exclue comme mode de sanction administrative, l'objet se confond largement avec celui de la sanction pénale. Concernant plus spécifiquement les amendes, l'objet des mesures en cause se confond totalement.

3° Les motifs de la mesure. Là où le droit pénal sanctionnerait une atteinte à l'ordre social fondamental, le droit administratif sanctionnerait les atteintes à un ordre public administratif, à des valeurs plus secondaires⁴⁸². Néanmoins, comme pour le critère précédent, l'auteur reconnaît les incertitudes qui entourent ce caractère, notamment en raison des glissements qui peuvent s'opérer entre sanction pénale et administrative, ainsi que du fait de la difficulté à identifier les éléments relevant du droit pénal et ceux relevant du droit administratif⁴⁸³.

⁴⁷⁹ H. G. Hubrecht, « La notion de sanction administrative », *LPA*, 1990/8 spécial sanctions administratives. M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », art. préc. : « À partir des années 80 sont apparues des sanctions administratives de nature pécuniaire que l'on pourrait qualifier de la "deuxième génération" qui concernent des tiers qui peuvent parfois n'entretenir aucun rapport préalable avec l'Administration. La répression administrative s'est ainsi introduite dans des matières traditionnellement réservées à l'autorité judiciaire ». Ce type de sanctions a d'ailleurs été validé par le Conseil constitutionnel. Voir par exemple CC, Décision n° 89-260 DC, 28 juill. 1989 ; M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, p. 32 et 33.

⁴⁸⁰ F. Moderne, « La sanction administrative », *loc. cit.* ; G. Marcou, « Mode de répression et action administrative », art. préc., p. 61 ; D. Chagnollaude, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu, malgré tout ? », *Justice et cassation* 2005, dossier : les sanctions.

⁴⁸¹ G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, *op. cit.*, n° 53 et s., spéc. n° 73.

⁴⁸² Ce qui pourrait justifier que les sanctions administratives soient moins porteuses d'une charge symbolique : G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, *op. cit.*, n° 117.

⁴⁸³ Ce à quoi on peut ajouter que ce sont parfois des valeurs fondamentales qui sont en jeu dans le cadre de la répression administrative. Si la vie humaine ou l'intégrité physique ne semblent généralement pas en cause, la liberté d'expression et de communication offre un exemple de répression administrative : M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, p. 55.

4° L'autorité habilitée à édicter la sanction, qui constitue selon Frank MODERNE le critère le plus sûr. On observe sur ce point un rapprochement avec l'approche organique retenue pour distinguer l'amende administrative de l'amende juridictionnelle. Cette convergence permet d'ailleurs de penser que la sanction administrative constitue un acte administratif et non un acte juridictionnel.

On peut enfin souligner que parmi les éléments mis en avant ne figurent pas les éléments constitutifs du comportement réprimé. Il semble, de fait, extrêmement difficile d'établir des éléments spécifiques du comportement réprimé, que ce soit concernant l'élément matériel, moral, ou les liens qu'entretient la personne accusée avec l'administration⁴⁸⁴.

97. La réunion des deux critères. Il semble alors que les deux façons de concevoir la différence entre l'amende administrative et l'amende juridictionnelle, et plus particulièrement l'amende civile, se rejoignent largement. Cette convergence tient à ce que la principale particularité de la sanction administrative semble être liée à l'activité de l'administration⁴⁸⁵. Monsieur MARCOU affirme ainsi que « l'attention portée à la peine fausse le regard ». La différence essentielle, toujours selon l'auteur, ne tiendrait pas à la gravité du comportement réprimé, à la nature de la sanction ou aux garanties dont est entouré le prononcé de ce cette dernière, mais au fait que la sanction administrative « prolonge l'action administrative ». Au contraire, la sanction pénale viserait uniquement à sanctionner celui qui, par un comportement illicite, trouble l'ordre public⁴⁸⁶. On reconnaît là l'affirmation selon laquelle l'administration, même lorsqu'elle met en œuvre des règles de droit, agit différemment d'une juridiction car son action n'est pas guidée par le pur respect des règles juridiques⁴⁸⁷, ce qui conduit à penser que la principale particularité de la sanction administrative serait de procéder d'un acte administratif et non juridictionnel.

⁴⁸⁴ M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, p. 55 à 58. Même à l'égard des seules sanctions pénales, les auteurs soulignent qu'il semble difficile d'identifier des éléments spécifiques aux comportements réprimés par les sanctions administratives. Si certaines tendances se dégagent bien, les sanctions administratives répriment par exemple généralement des comportements formels, celles-ci ne sont pas suffisamment systématiques pour être érigées en règles.

⁴⁸⁵ Le Conseil constitutionnel exige d'ailleurs que le pouvoir de sanction attribués à l'administration doit être « nécessaire à l'accomplissement de sa mission » : CC, Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989.

⁴⁸⁶ G. Marcou, « Mode de répression et action administrative », art. préc., p. 58.

⁴⁸⁷ Cf. *supra*, n° 92.

98. Le critère traditionnellement avancé du lien préalable entre l'administration et le destinataire de la sanction n'est plus en mesure d'englober l'intégralité des sanctions prononcées par des autorités administratives. Ce critère présente encore, néanmoins, un intérêt pour opérer une distinction au sein même des sanctions administratives. Bien qu'une partie de la doctrine administrative conteste cette présentation, les sanctions administratives affectant des personnes en lien avec l'administration, parfois qualifiées de disciplinaires ou de « sanctions administratives par nature », se distinguent de celles qui se rattachent à une règle à caractère général, lesquelles se rapprocheraient de la sanction pénale⁴⁸⁸. Cette présentation est également reprise par Monsieur DEGOFFE afin de distinguer ce qu'il qualifie de « sanction au sens propre » et les « punitions », ces dernières correspondant aux sanctions au sujet desquelles le Conseil constitutionnel impose le respect des principes directeurs du droit pénal⁴⁸⁹. La présentation d'AUBY avait d'ailleurs pour objectif affiché d'opérer une distinction raisonnée entre la sanction administrative et la sanction pénale⁴⁹⁰, de proposer un système cohérent plus que de décrire le droit positif. Si le critère d'identification que proposait ce dernier ne correspond manifestement plus à la réalité juridique actuelle, il faut toutefois reconnaître que dès qu'on s'en éloigne, la distinction des sanctions pénales, et plus généralement des sanctions juridictionnelles, et administratives se brouille⁴⁹¹.

99. **Conclusion de l'analyse.** De ce qui précède, il ressort que la réalité de la distinction entre l'amende administrative et l'amende juridictionnelle ne semble pas soulever de difficultés lorsque l'amende est prononcée par une administration traditionnelle régulant un secteur vis-à-vis d'administrés entretenant un lien préalable

⁴⁸⁸ J.-L. de Corail, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », art. préc.. Voir aussi : Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 160 : l'auteur oppose la coercition qui est liée à une autorisation administrative préalable et la répression. Voir également : M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, op. cit., p. 40 au sujet des sanctions administratives pécuniaires.

⁴⁸⁹ M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 102 ; « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in *La sanction*, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3, op. cit., p. 47 et s.. Il n'est cependant pas certain que cette distinction soit reprise par le Conseil constitutionnel : M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, op. cit., p. 33.

⁴⁹⁰ J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », préc..

⁴⁹¹ Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 450 : « La réserve de compétence du droit pénal concerne donc la répression qui s'exerce sur les libertés fondamentales, dont le Conseil estime qu'elles ont une importance telle que leur garantie relève des juridictions, et en dehors de tout lien préalable. En conséquence, les seules autorités qui empiètent sur la fonction naturelle du juge pénal seraient les autorités des marchés financiers (dans leur fonction de répression des abus de marché et non dans leur fonction disciplinaire concernant les prestataires de service d'investissement) et les autorités de concurrence, mais leur action ici ne s'exerce pas sur une liberté jugée si importante qu'elle requiert l'intervention du juge pénal ».

avec elle. Cette distinction semble, en revanche, nettement plus incertaine en l'absence d'un tel lien et lorsque l'amende est prononcée par une autorité indépendante⁴⁹². C'est particulièrement le cas lorsque, comme pour l'AMF, la sanction est prononcée par une commission spécialisée dont le seul objectif semble *a priori* de trancher les questions de respect du droit et de prononcer des sanctions qui relèvent d'un ordre public général, indépendamment des liens préalables avec l'autorité⁴⁹³. Les amendes ainsi prononcées ne sont pas pénales au sens strict : elles échappent, par conséquent, dans une certaine mesure, aux règles édictées par le Code pénal et le Code de procédure pénale. Il ne semble alors pas impossible de considérer que ces amendes constituent des amendes civiles⁴⁹⁴.

*

* *

100. Conclusion de section. D'un point de vue historique, l'amende civile ne résulte pas d'une réflexion systématique du législateur. Elle résulte du rapprochement d'un ensemble d'amendes qui, pour des raisons contingentes, ont été soustraites à une part plus ou moins importante des règles applicables aux amendes pénales. Toutefois, les amendes civiles semblent bien poursuivre des finalités similaires, sinon identiques, à celles des amendes pénales. La thèse de leur finalité principalement indemnitaire n'a jamais été pleinement convaincante. D'ailleurs, la thèse de la finalité indemnitaire des amendes civiles est, au fil du temps, de plus en plus critiquable : les manifestations récentes d'amende civile sont particulièrement axées sur l'efficacité de la dissuasion et de la répression.

⁴⁹² Sur la spécificité des AAI dans la répression administrative : M. Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 2001.106. Sur l'idée que les AAI relèveraient d'un ordre juridictionnel nouveau : H. Lécuyer, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », art. préc..

⁴⁹³ F. Drummond, « Droit des marchés financiers », art. préc., n° 12. Voir également, évoquant la création de « quasi-juridictions spécialisées » : D. Chagnollaude, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu, malgré tout ? », art. préc., II.

⁴⁹⁴ Comp. M.-T. Calais-Auloy, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », *D.* 1988, chron., p. 315, n° 4. Pour l'auteur, l'amende prévue par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et alors prononcée par le Conseil de la concurrence s'apparente à une amende civile. Néanmoins la justification de cette affirmation semble différente de celle ici retenue. Si le caractère juridictionnel du Conseil est rapidement évoqué, l'auteur considère que l'amende est dans un premier temps prononcée par une administration pour gagner du temps, mais que les recours font que la sanction sera *in fine* juridictionnelle, voire civile si le recours a lieu devant les juridictions judiciaires (art. préc., n° 15). Voir néanmoins : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 152. L'auteur souligne les différences qui affectent la répression administrative et judiciaire même concernant les principes directeurs qui leur sont théoriquement communs.

101. Un domaine d'intervention privilégié. En dépit de la multiplicité des amendes civiles, toute cohérence quant à leur champ d'intervention n'est pas exclue. Certains domaines paraissent en effet particulièrement propices à l'édition d'amendes civiles. Tel est notamment le cas de la sanction du non-respect, par des personnes chargées d'une mission en lien avec l'intérêt général, des obligations qui leurs sont imposées⁴⁹⁵, ou encore de la régulation des comportements déloyaux dans le cadre d'instances juridictionnelles. De façon générale, les amendes civiles ont été principalement édictées dans des matières qui, tel l'état des personnes, le déroulement du procès civil, le régime des incapacités ou des hypothèques, présentent un lien évident avec le droit civil. Bien que ce lien⁴⁹⁶ permette de voir un certain élément d'unité, il ne permet en revanche pas d'opérer une distinction nette entre l'amende civile et l'amende pénale, les hypothèses d'intervention du droit pénal en droit civil n'étant pas marginales⁴⁹⁷. Les difficultés à distinguer l'amende civile de la sanction pénale par leur champ d'intervention s'illustrent d'ailleurs de façon particulièrement visible par l'incertitude quant à la nature pénale ou civile des amendes visant les officiers d'état civil et pour lesquelles la compétence n'est pas précisée.

102. La nécessaire recherche d'une cohérence du mécanisme. Les éléments qui tendent à donner au mécanisme son unité connaissent ainsi des limites nombreuses et ne permettent pas, *a priori*, de le distinguer de façon claire des amendes pénales. Ces incertitudes, qui résultent logiquement de la façon dont l'amende civile s'est développée, expliquent que la définition proposée et le critère d'identification qui en résulte reposent sur un critère volontariste et présentent une certaine imprécision. Les tentatives de définition plus précises échouent toutefois à décrire le mécanisme de l'amende civile dans ses manifestations positives.

103. L'étude de l'amende civile laisse ainsi un sentiment d'insatisfaction. Le système juridique français qui se veut reposer sur des catégories logiquement

⁴⁹⁵ Un auteur a en effet pu remarquer qu'il existe une certaine cohérence entre les amendes prévues à l'encontre de l'officier d'état civil prononcées par le juge civil et celles au sujet desquelles la compétence n'est pas précisée (J. Magnol, note sous Crim., 23 nov. 1949 et Montpellier Chambre correctionnelle 22 nov. 1949, art. préc.) : les manquements en cause n'ont pas la même gravité, certaines sont de simples irrégularités dues à la négligence de l'officier d'état civil alors que d'autres sont nettement plus graves pour les parties et l'ordre social, notamment en matière de mariage les manquements aux conditions de validité de fond.

⁴⁹⁶ Lequel n'a toutefois jamais été manifeste vis-à-vis de tous les cas d'amendes civiles et semble en recul dans les manifestations modernes de l'amende civile.

⁴⁹⁷ J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé, op. cit., passim*.

ordonnées les unes par rapport aux autres ne peut en effet qu'admettre difficilement les critères volontaristes, inéluctablement marqués du sceau de l'empirisme et de l'arbitraire. Il semble alors nécessaire de rechercher s'il existe entre l'amende civile et l'amende pénale une différence de nature propre à préciser la mesure et les modalités selon lesquelles le recours à l'amende civile serait légitime. C'est en somme s'interroger sur la portée à donner au qualificatif « civile » lorsque celui-ci est accolé au terme « amende ».

Section II – La nature de l’amende civile.

104. La nécessité de déterminer la nature de l’amende civile illustrée par l’exemple des projets de réforme du droit de la responsabilité civile. Les difficultés à cerner la nature de l’amende civile sont manifestes : formellement rejetée par les spécialistes de droit pénal, elle reste *a minima* en marge du droit civil.

L’avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile présenté le 29 avril 2016 ainsi que le projet de réforme présenté le 13 mars 2017 fournissent une excellente base de réflexion la concernant. Ces deux textes prévoient l’introduction d’un mécanisme général d’amende civile⁴⁹⁸, au sein d’un chapitre consacré aux effets de la responsabilité, à savoir ici la responsabilité civile⁴⁹⁹. La volonté d’établir un lien entre amende et responsabilité civiles est confirmée par la lecture du discours de présentation du projet par le Garde des sceaux⁵⁰⁰ selon lequel l’amende civile de « droit commun » conforterait la fonction préventive de la responsabilité civile. Si cette présentation semble lier amende civile et responsabilité civile, la suite du discours peut surprendre. On y trouve en effet l’affirmation selon laquelle : « L’idée consiste à ouvrir une voie intermédiaire entre la voie civile classique (centrée sur la réparation des dommages) et la voie pénale (axée sur la sanction des comportements) ». Cette assertion conduit à s’interroger à double titre.

D’une part, comment un mécanisme présenté comme intermédiaire entre la responsabilité civile et la responsabilité pénale pourrait-il être inclus dans le champ de la responsabilité civile ?

D’autre part, le texte insistant expressément sur les finalités distinctes des deux ordres de responsabilité, l’amende civile présente-t-elle les traits d’un mécanisme poursuivant conjointement des fonctions indemnitaires et répressives ?

Loin d’être purement théoriques, ces interrogations sont susceptibles d’avoir des conséquences pratiques importantes. Il a été relevé avec justesse que l’inclusion du mécanisme d’amende civile envisagé au sein des effets de la responsabilité civile devrait *a priori* produire certaines conséquences, parmi lesquelles la soumission de

⁴⁹⁸ Respectivement aux articles 1266 et 1266-1. Sur le caractère général de cette sanction voir : J. Prorok, « L’amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », *RTD civ.* 2018.327, I-B.

⁴⁹⁹ Respectivement Sous-section 4 et 5 de la Section 1 du Chapitre IV du Sous-titre II du Titre III du Livre III du Code civil.

⁵⁰⁰ J.-J. Urvoas, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*.

l'amende civile aux conditions de la responsabilité et notamment l'exigence d'un préjudice⁵⁰¹. Outre que l'opportunité d'une telle exigence peut être discutée⁵⁰², il est loin d'être certain qu'elle dérive d'une volonté consciente des rédacteurs du projet, illustrant ainsi la confusion qui entoure la nature ainsi que les fonctions qu'il est souhaitable, voire possible, d'attribuer à l'amende civile⁵⁰³.

105. Les amendes civiles et le droit civil. Ces interrogations mettent en lumière les difficultés à penser les rapports qu'entretiennent les amendes civiles avec le droit civil. Dès lors que le qualificatif « civile » de l'amende semble naturellement impliquer que celle-ci relève du droit civil, il convient de se demander à quelle branche du droit civil cette amende est susceptible d'appartenir. Or, l'amende civile constitue une réaction du droit à la violation par un individu des devoirs que les normes juridiques lui imposent. De plus, cette réaction ne porte pas sur la validité d'un acte ou sur l'exercice d'un droit, mais vise seulement à ce que l'individu subisse une conséquence négative du fait du non-respect de la règle à travers le paiement d'une somme d'argent. Cette logique, assigner une conséquence à la violation d'une règle juridique de comportement afin de faire répondre l'individu de ses actes, correspond à la définition généralement donnée du terme « responsabilité » dans son acception juridique⁵⁰⁴. Le rattachement de l'amende civile à la responsabilité civile pourrait alors sembler logique. Une nuance doit toutefois immédiatement être apportée. En effet, si celui qui est responsable civilement doit « répondre de », c'est avant tout du dommage

⁵⁰¹ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 3. Le Chapitre II du projet, consacré aux conditions de la responsabilité commence en effet par « le préjudice réparable ». On pourra certes objecter que l'article 1266 (qui concerne les mesures que le juge peut prononcer pour prévenir le dommage ou faire cesser le trouble illicite) ne semble pas faire du préjudice une condition absolue de la responsabilité, l'article prévoyant, parmi les effets de la responsabilité civile que les mesures propres à assurer la cessation de l'illicite peuvent avoir lieu « indépendamment de la réparation du préjudice *éventuellement subi* » (Nous soulignons). Outre que l'on ne peut qu'être surpris de que certains effets de la responsabilité civile ne nécessitent pas les conditions de celle-ci, on pourra convenir que cette situation constitue manifestement une exception qui ne devrait, normalement, pas être étendue à l'amende civile, d'autant que l'article 1266-1 du projet mentionne expressément « ... l'auteur du dommage... ».

⁵⁰² E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 4. Concernant l'exigence d'un préjudice pour le prononcé de peines privées : A. Jault, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t.442, Paris, 2005, n° 125 et 129.

⁵⁰³ Outre l'avant-projet et le projet de réforme du droit de la responsabilité voir notamment : Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Mme. Christiane Taubira, Garde des sceaux, ministre de la Justice, op. cit.*. Ce projet proposait l'introduction dans le Code civil d'un article 1386-23 prévoyant une amende civile selon une rédaction ayant manifestement grandement influencé la rédaction de l'article 1266 de l'avant-projet (Voir notamment : L. Fonbaustier, « Promouvoir et améliorer la réparation du préjudice écologique, A propos du rapport du 17 septembre 2013 », *JCP G* 2013/40, 1006 ; Z. Jacquemin, « Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité ; note sous avant-projet de loi de portant réforme du droit de la responsabilité civile », *RDC* 2016, p. 809 et s. et N. Allix, « Private penalty », *in*. Groupe Grotius-Pothier, *Report on the french avant-projet de réforme de la responsabilité civile*, 2016).

⁵⁰⁴ D. Alland, S. Rials, *Dictionnaire de la culture juridique, op. cit.*, V° « Responsabilité ».

et non de la violation de la règle de droit, ce qui est parfaitement logique dès lors que le droit civil est principalement tourné vers l'organisation des relations entre individus. Si l'amende civile semble bien procéder d'une responsabilité, il n'est pas alors certain que celle-ci soit civile.

106. Les amendes civiles et la responsabilité civile. La légitimité du rattachement des amendes civiles à la responsabilité civile paraît contestée par une partie de la doctrine. Ainsi, Monsieur STASIAK affirme, au sujet de l'amende civile de l'article L. 442-6, III du Code de commerce, devenu L. 442-4, I du même code, que « Personne n'est dupe du subterfuge terminologique utilisé par le législateur : fût-elle "civile" une amende ressortit bien de la sphère répressive »⁵⁰⁵. La lecture des réactions doctrinales au projet ministériel d'amende civile révèle cependant des réactions contrastées, certains auteurs considérant que l'amende civile du projet correspond à l'expression d'une fonction naturelle de la responsabilité civile⁵⁰⁶. Enfin certains auteurs, retenant une position intermédiaire, semblent considérer que les amendes de procédure ou en matière de pratiques restrictives de concurrence évoluent hors du droit de la responsabilité civile, alors que le rattachement de l'amende civile du projet de réforme de la responsabilité civile se ferait à travers l'exigence d'un préjudice⁵⁰⁷. Cette disparité d'analyse rend incontestablement nécessaire l'étude approfondie des caractères de l'amende civile.

107. Se dessine alors la question de la distinction des responsabilités civile et pénale. La présentation retenue par les projets ministériels de réforme de la responsabilité civile semble reposer sur une distinction formelle : serait pénale la sanction qui découle d'une incrimination pénale au sens strict, entendue comme telle

⁵⁰⁵ Voir également : A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, op. cit., n° 599 : « Une alternative existe selon qu'on souhaite [que la sanction] emprunte la voie de la responsabilité civile (dommages-intérêts punitifs) ou qu'elle soit autonome (amende civile) ». Telle semble aussi avoir été la position de M. GARIAZZO, ancien premier avocat général près la Cour de cassation. Le rapport d'information de MM. ANZIANI et BÉTEILLE (A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, op. cit., p. 86) indiquait ainsi : « M. André Gariazzo, premier avocat général à la Cour de cassation, s'est interrogé sur l'opportunité et l'efficacité d'une mesure de ce type, soulignant que la responsabilité civile s'inscrivait dans le cadre de litiges de droit privé présentant un caractère indemnitaire, et que si l'intention était, au plan civil, de punir l'auteur du dommage, il semblait préférable de recourir à la technique de l'amende civile ». De cette présentation, il semble *a contrario* que l'amende civile soit tenue hors du champ de la responsabilité civile.

⁵⁰⁶ Voir par exemple N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 2017/223, p. 5, n° 2.

⁵⁰⁷ J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », art. préc., I-A-1.

par le législateur⁵⁰⁸. Dès lors la responsabilité civile est conçue comme subsidiaire : serait civil tout mécanisme de responsabilité qui ne découle pas d'une incrimination pénale⁵⁰⁹. Cette présentation rejoint d'ailleurs en partie le raisonnement adopté pour distinguer l'amende civile de son homologue pénal⁵¹⁰. Cependant, si ce raisonnement semblait justifié pour décrire l'état du droit positif quant à la distinction entre deux mécanismes, elle semble nettement plus hasardeuse concernant la délimitation des deux domaines de responsabilité, aboutissant potentiellement à ce que la responsabilité civile n'ait plus aucune cohérence.

108. La méthode retenue. De la définition retenue des responsabilités civile et pénale découle l'inclusion dans un champ ou dans l'autre de l'amende civile. Ainsi, si au lieu de définir la responsabilité civile négativement par rapport à la responsabilité pénale on définit celle-ci comme « l'ensemble des règles qui obligent l'auteur d'un dommage causé à autrui à le réparer en offrant à la victime une compensation »⁵¹¹, il semble impossible de rattacher l'amende civile à cette responsabilité⁵¹². C'est alors de la justification des définitions proposées des responsabilités que résulterait la cohérence du système envisagé et de la localisation du mécanisme d'amende civile au sein de ces deux ordres. Cette entreprise, à savoir délimiter de façon systémique et claire les responsabilités civile et pénale, à supposer qu'elle soit possible, excèderait de loin l'objet de la présente étude⁵¹³. Plus modestement, il faut alors envisager les éléments qui tendent à rapprocher l'amende civile des éléments caractéristiques de la responsabilité civile. Concernant un mécanisme aussi ambivalent que l'amende civile,

⁵⁰⁸ En ce sens : J.-H. Robert, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 55.

⁵⁰⁹ Sous réserve de la question précédemment étudiée des sanctions administratives.

⁵¹⁰ Cf. *supra*, n° 78 et s..

⁵¹¹ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 1 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 1.

⁵¹² La consécration par les projets ministériels de réforme de la responsabilité civile d'une pluralité de fonctions conçues de façon autonomes s'oppose d'ailleurs à cette définition finaliste, consacrant des mécanismes manifestement détachés de toute idée indemnitaire. La jurisprudence retenue, sur le terrain des pratiques restrictives de concurrence, peut cependant laisser perplexe. Concernant la loi applicable, le tribunal de commerce de Paris a ainsi récemment considéré que l'article 4 du règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) était applicable (TC Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625), justifiant l'application de l'amende civile anciennement prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce. Or, un tel article concerne « la loi applicable à une obligation non contractuelle résultant d'un fait dommageable », autrement dit la responsabilité civile dans son sens classique. Si la solution, à savoir l'application de la loi française concernant des distributeurs situés en France, peut sembler opportune, la justification interroge. Voir déjà, sur une question proche : M. Béhar-Touchais, « L'article 6 du règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », *RLC* 2010/22.

⁵¹³ Voir sur cette question : N. Rias, *Aspects actuels des liens entre la responsabilité civile et pénale*, *op. cit.*, *passim* ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, *passim*.

une telle entreprise supposera d'examiner tant ce qui rattache l'amende civile à la responsabilité civile que ce qui l'éloigne de la responsabilité pénale.

109. Trois aspects sont *a priori* susceptibles de conduire à inclure l'amende civile au sein de la responsabilité civile ou au contraire à l'en exclure : les caractéristiques intrinsèques des *sanctions* prononcées ; les conditions présidant au prononcé des dites sanctions ; les modalités entourant ce prononcé (recherche et administration de la preuve, compétence, *etc.*). Toutefois ce dernier point relève purement de questions de régime. Si les modalités entourant le prononcé de la sanction sont susceptibles d'éclairer certains aspects de l'amende civile, elles doivent *a priori* découler de sa nature⁵¹⁴, ou *a minima* être neutre vis-à-vis de celle-ci, et ne devraient donc pas retenir l'attention à ce stade. Reste alors à comparer les caractéristiques de l'amende civile (§I) et ses conditions de prononcé (§II) aux règles caractéristiques des responsabilités civile et pénale⁵¹⁵.

§I – L'analyse des caractéristiques de l'amende civile.

110. L'analyse intrinsèque de l'amende civile. De ce que l'amende civile est une amende, il semble plus aisé de rapprocher la mesure prononcée de la responsabilité pénale que civile. Elle constitue une somme d'argent attribuée au Trésor⁵¹⁶, ce qui, contrairement aux dommages et intérêts punitifs, ne lui donne même pas l'apparence du mécanisme pécuniaire caractéristique de la responsabilité civile, les dommages et intérêts indemnitaires⁵¹⁷. Plusieurs éléments ont toutefois pu être avancés pour justifier que l'amende civile tendrait vers la responsabilité éponyme⁵¹⁸. S'il ne semble pas pertinent de rapprocher l'amende civile de la responsabilité civile par les liens que cette sanction entretiendrait avec l'indemnisation (A), les caractères et

⁵¹⁴ J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé, op. cit.*, n° 10.

⁵¹⁵ Cette présentation suit, en la simplifiant, la distinction tripartite proposée à propos des normes pénales entre normes de conduite, normes d'incrimination et normes sanctionnatrices. Voir par exemple : M. Van de Kerchove, « Les frontières des normes pénales », in Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet, M. Van de Kerchove, *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, t. II, L'Harmattan, collection Logiques sociales, Paris, Montréal, 1997, p. 77.

⁵¹⁶ Ou en tout cas à un autre que la victime : *Cf supra*, n° 85 et s..

⁵¹⁷ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 4 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 61.

⁵¹⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n°1239 : l'auteur souligne qu'aucune sanction ne constitue une peine par nature, l'amende pouvant constituer tant une peine qu'une sanction civile ou disciplinaire.

fonctions de l'amende civile pourraient sembler compatibles avec une certaine conception de la responsabilité civile (B).

A – L'amende civile et l'indemnisation.

111. Le renouveau de la question. L'élément de rapprochement le plus évident entre responsabilité civile et amende civile consiste à voir dans l'amende civile un mécanisme indemnitaire. Cette présentation a été défendue, notamment dans la seconde partie du XIX^{ème} siècle. Pourtant, les amendes civiles ne semblent pas pouvoir être appréhendées comme un mécanisme indemnitaire par essence, du moins si on considère l'indemnisation d'un préjudice individuel⁵¹⁹. Cependant, il a récemment été proposé de voir dans l'amende civile un mécanisme d'indemnisation des préjudices collectifs (1). En outre, à supposer que l'amende civile ne remplisse pas de fonction indemnitaire, il convient cependant d'envisager l'attribution à ces amendes de certaines caractéristiques normalement attachées aux mécanismes indemnitaires (2).

1 – L'amende civile et l'indemnisation des préjudices collectifs.

112. La présentation du raisonnement. Le seul fait que l'amende civile ne soit pas attribuée à la victime semble exclure que celle-ci constitue un mécanisme d'indemnisation au sens classique⁵²⁰. Il a toutefois été défendu qu'elle présenterait une fonction indemnitaire, voire exclusivement indemnitaire, mais vis-à-vis d'un type de préjudice particulier : les préjudices collectifs⁵²¹.

113. La spécificité des préjudices collectifs⁵²². Les préjudices collectifs peuvent se comprendre comme résultant d'une atteinte à un intérêt collectif, ce dernier étant « celui qu'ont en commun des personnes faisant partie d'un groupe plus étroit que le corps social tout entier »⁵²³. L'intérêt collectif ne se confondant avec aucun intérêt

⁵¹⁹ Cf *supra*, n° 47 et s..

⁵²⁰ Voir par exemple : M. Malaurie-Vignal, « L'exemplarité de l'amende civile », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale. Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles. Actes du colloque tenu le 27 novembre 2017 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier*, LexisNexis, Mercuès, 2018, p. 115, n° 2.

⁵²¹ O. Berg, « Amende civile ou dommage et intérêts collectifs », *RCA* 2019/4, étude 3, n° 11 et s..

⁵²² Voir de façon plus générale sur cette question : *infra*, n° 453 et s..

⁵²³ J. Calais-Auloy, « Les délits à grande échelle en droit civil français », *RIDC* 1994.379, spéc. p. 385.

individuel⁵²⁴, le préjudice collectif constituerait un cas de préjudice objectif en ce sens qu'il est « causé par la violation d'un intérêt sans que cette violation ne soit individuellement et subjectivement ressentie »⁵²⁵. Parmi les préjudices ainsi envisagés, on trouve par exemple ceux résultant d'atteintes aux intérêts d'une profession, de discriminations exercées contre certaines catégories de personnes ou encore l'atteinte à l'environnement⁵²⁶. La prise en charge de tels préjudices par la responsabilité civile, outre qu'elle soulève des difficultés évidentes d'évaluation⁵²⁷, oblige à repenser certaines caractéristiques classiquement exigées du dommage, notamment son caractère personnel ou son caractère certain⁵²⁸.

114. L'exposé de la proposition. Monsieur Oliver BERG a récemment soutenu que l'amende civile constituerait, à la différence des dommages et intérêts punitifs, un mécanisme indemnitaire⁵²⁹. Plus encore, elle ne présenterait aucune fonction punitive⁵³⁰.

Pour démontrer que l'amende civile vise, ou du moins permet, l'indemnisation de préjudices collectifs, Monsieur BERG prend pour exemple les amendes civiles proposées par le rapport JEGOUZO ainsi que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Selon Monsieur BERG, l'amende proposée par le rapport JEGOUZO constituerait une réponse au dommage écologique⁵³¹. Cette fonction ressortirait particulièrement de l'exigence du groupe de travail que « les recettes issues de l'amende civile soient affectées exclusivement à la réparation environnementale et non

⁵²⁴ C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », *D.* 2011.249.

⁵²⁵ *Ibid.* ; L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.* 2008.170, I-B ; Ph. Le Tourneau, « Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 (actualisation févr. 2020), n° 77. Certains auteurs distinguent cependant entre le dommage purement objectif, lequel répondrait parfaitement à la définition reproduite, et le dommage partiellement objectif, lequel se rencontrerait lorsque l'intérêt de la victime importe pour constater l'existence d'une atteinte mais qu'au stade de son évaluation des éléments objectifs sont décisifs ou au moins pris en compte : O. Berg, « Le dommage objectif », in *Liber amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 63, spéc. p. 64.

⁵²⁶ C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », art. préc. ; L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », art. préc., I-B : « Les atteintes à l'environnement, par leur caractère éminemment collectif... ». Voir cependant, semblant distinguer le préjudice écologique des préjudices collectifs : Ph. Brun, « Responsabilité du fait personnel », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2015 (actualisation févr. 2020), n° 146 : On ne retiendra pas davantage la condition parfois soulignée d'un préjudice personnel à celui qui l'invoque. Cette exigence autrefois posée est aujourd'hui doublement battue en brèche, *d'une part, avec la prise en compte de l'intérêt collectif qui est la traduction procédurale de la considération du préjudice collectif et d'autre part, avec la reconnaissance du préjudice écologique pur* » (nous soulignons).

⁵²⁷ C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », art. préc. ; O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 10.

⁵²⁸ C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », art. préc. ; Ph. Le Tourneau, « Responsabilité : généralités », *loc. cit.*

⁵²⁹ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 12.

⁵³⁰ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 14.

⁵³¹ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 12.

pas versées dans le budget général de l'État. Le mécanisme d'amende civile aurait ainsi vocation à constituer la principale ressource du fonds de garantie de l'environnement »⁵³². De même, Monsieur BERG s'appuie sur l'alinéa 5 de l'article 1266-1 selon lequel le produit de l'amende civile prévue par l'article « est affecté au financement d'un fonds d'indemnisation en lien avec la nature du dommage subi ou, à défaut, au Trésor public » pour conclure que « L'intention ne fait pas de doute : l'amende civile est conçue comme un mécanisme de réparation en argent, autrement dit, l'amende civile est synonyme de dommages et intérêts collectifs »⁵³³.

L'auteur défend que plus encore, l'amende civile ne présenterait aucune fonction punitive, laquelle « n'aurait pas de sens et serait inutile »⁵³⁴. L'inclusion de l'amende civile au sein de la responsabilité civile, laquelle « ne comporte pas de fonction punitive »⁵³⁵, tendrait naturellement à priver cette amende de toute fonction punitive. À cela s'ajouterait que l'ensemble des caractéristiques de l'amende civile paraissant lui conférer une fonction punitive pourrait être expliqué autrement. Ainsi, l'impossibilité d'assurer l'amende prévue par le projet de réforme⁵³⁶ ne traduirait pas nécessairement la fonction punitive de celle-ci, mais pourrait, toujours selon l'auteur, s'expliquer par une volonté de renforcer l'aspect dissuasif du mécanisme⁵³⁷. La fixation de l'amende en fonction de la gravité de la faute tiendrait quant à elle aux difficultés d'évaluation du préjudice collectif, la gravité du comportement étant susceptible de révéler la gravité de l'atteinte⁵³⁸.

115. Le rejet de la proposition. Les raisons de rejeter cette conception sont nombreuses. On peut ordonner les critiques selon qu'elles portent spécifiquement sur l'analyse livrée des amendes civiles du projet JEGOUZO et du projet de réforme du droit de la responsabilité civile ou qu'elles concernent les amendes civiles de façon plus générale.

⁵³² Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Mme. Christiane Taubira, Gardes des sceaux, ministre de la Justice*, op. cit., note n° 86.

⁵³³ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 13.

⁵³⁴ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 14.

⁵³⁵ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », loc. cit..

⁵³⁶ Projet de réforme de la responsabilité civile, article 1266-1 alinéa 6.

⁵³⁷ O. Berg, « Amende civile ou dommages et intérêts collectifs », art. préc., n° 16.

⁵³⁸ *Ibid.*

116. Les critiques spécifiques à l'analyse des amendes des projets JEGOUZO et de réforme du droit de la responsabilité civile. L'analyse livrée au sujet des amendes civiles prévues par ces projets prête le flanc à plusieurs critiques. L'affectation du produit de l'amende civile à la réparation environnementale, dans le cas du projet JEGOUZO, ou son attribution à un fonds en lien avec la nature du dommage subi, dans le cas du projet de réforme du droit de la responsabilité civile, ne doivent sans doute pas conduire à attribuer au mécanisme une fonction indemnitaire. Le projet JEGOUZO en témoigne de façon particulièrement évidente dans la mesure où l'amende civile était envisagée en sus des mesures de réparation en nature ou pécuniaire, dont l'objet était précisément la réparation, directe ou indirecte, du préjudice écologique pur⁵³⁹. Si l'amende civile était destinée à compenser l'atteinte à un intérêt « collectif » environnemental, elle ferait manifestement double emploi avec les mesures expressément destinées à réparer ou compenser les atteintes à l'environnement. L'affectation seule de l'amende civile n'est pas suffisante pour lui conférer un caractère indemnitaire, faute d'un lien nécessaire entre le dommage et la mesure⁵⁴⁰.

Des remarques semblables peuvent être faites concernant l'amende civile de l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Il est possible d'insister particulièrement sur le fait que cette amende serait parfois directement attribuée au Trésor public, annihilant ainsi toute idée d'affectation de l'amende à la réparation de dommages en lien avec l'intérêt en cause. Les critiques que l'on peut adresser à l'idée selon laquelle l'amende civile ne présenterait aucune fonction punitive mais serait une pure indemnisation d'un préjudice collectif sont par ailleurs plus générales.

117. Les critiques générales. Sans approfondir ici les difficultés de distinction entre certains intérêts « collectifs » et l'intérêt général⁵⁴¹, difficultés qui rapprochent les actions en défense de ces intérêts des actions en responsabilité pénale, plusieurs éléments tendent à nier la dimension indemnitaire des amendes civiles.

⁵³⁹ Cette mesure a été consacrée aux articles 1246 et suivants du Code civil. Voir récemment, concernant un des rares cas d'application du dispositif : « À Marseille, des braconniers condamnés à payer 385 000 euros pour préjudice écologique », *Le Monde*, 6 mars 2020.

⁵⁴⁰ Voir de façon plus approfondie, sur ce type de raisonnement : *supra*, n° 41 et s..

⁵⁴¹ On peut notamment penser qu'il existe une différence fondamentale entre les actions en défense de l'intérêt d'un groupe de personnes, telles les actions syndicales en défense des intérêts d'une profession, et les actions en défense de grandes causes, telles les actions en réparation du préjudice écologique pur (Voir par exemple : J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », art. préc., n° 17). Pour une analyse rapide de ces questions sur le plan procédural : *infra*, n° 453 et s.. Voir également : *infra*, note n° 776.

Il peut, d'une part, sembler surprenant d'analyser les amendes civiles à travers le prisme exclusif d'amendes prospectives. Ainsi, à supposer que l'attribution du produit de l'amende civile à un fonds d'indemnisation soit un signe du caractère indemnitaire de celle-ci, on ne peut que remarquer que la majorité des amendes civiles existantes sont attribuées au Trésor public⁵⁴².

D'autre part, il semble difficile de soutenir que les caractéristiques de l'amende civile ne lui confèrent pas un aspect répressif marqué. Ainsi, la place de la gravité de la faute dans la détermination du montant des amendes civiles ne permet sans doute pas de soutenir que le mécanisme est indemnitaire. Les difficultés d'évaluation des préjudices collectifs sont sans doute réelles. Cependant, le fait que la seule condition de prononcé des amendes civiles soit, généralement, la violation d'une norme, et que la gravité de la violation constitue le principal élément de détermination du montant de la sanction lui confère indiscutablement une nature répressive. Ces éléments sont d'ailleurs mis en avant pour analyser certains dommages et intérêts prononcés en réparation de préjudices collectifs comme des peines lorsque le préjudice est déduit nécessairement de la violation d'une norme⁵⁴³. Ces raisons semblent, à elles seules, suffisantes pour refuser de voir dans les amendes civiles des mécanismes de nature indemnitaire, serait-ce relativement à un préjudice collectif.

2 – Le refus de l'attribution aux amendes civiles de caractéristiques indemnitaires.

118. À défaut de présenter une véritable fonction indemnitaire, l'amende civile semble, parfois, en présenter les caractères. Tel serait particulièrement le cas s'il était admis que le prononcé d'une amende civile devait être subordonné à la survenance d'un dommage (a). Tel ne semble toutefois pas le cas (b).

a – Une sanction nécessitant apparemment la survenance d'un dommage.

119. L'explication de l'exigence. Certaines présentations contemporaines, dont potentiellement les projets ministériels de réforme du droit de la responsabilité

⁵⁴² Cf *supra*, n° 85.

⁵⁴³ C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », art. préc.. Voir également, *infra* n° 206 et s..

civile, tendent à faire du dommage un élément essentiel de la mise en œuvre des amendes⁵⁴⁴. Cette exigence relève, de prime abord, davantage de la question des conditions de prononcé des amendes civiles que de leur nature. Toutefois, on ne peut que s'interroger, concernant une sanction dont le produit n'est par définition pas attribué à la victime privée, sur les causes de cette exigence. L'hypothèse la plus probable tient à ce que l'amende civile a évolué, dans une période récente, en contemplation des dommages et intérêts punitifs⁵⁴⁵. Or, si une partie de la doctrine considère que les peines privées, et plus précisément les dommages et intérêts punitifs, présentent un aspect unitaire tourné vers des fonctions dissuasive et punitive⁵⁴⁶, la doctrine majoritaire leur attribue un rôle mixte à visée indemnitaire et punitive, justifiant ainsi que la peine privée soit rattachée à la fonction normative de la responsabilité civile⁵⁴⁷. On peut alors percevoir derrière l'exigence d'un dommage l'ombre inconsciente d'une conception indemnitaire de l'amende civile.

b – L'absence de nécessité d'un dommage.

120. L'existence d'amendes civiles indépendantes de la survenance d'un dommage. De façon plus concrète, la réalisation d'un dommage ne semble pas être une condition générale du prononcé des amendes civiles en droit positif. Ainsi l'article L. 442-6 ancien du Code de commerce ouvrait une large place à la prise en compte de la tentative⁵⁴⁸. Tel est également le cas des articles qui le remplacent⁵⁴⁹. De même, la

⁵⁴⁴ Voir par exemple : Y. Muller, « La dépénalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », *AJ pénal* 2008.63 : « Plus précisément, le mouvement de dépénalisation viendrait progressivement recadrer le droit pénal dans les limites d'un droit symbolique déclenché par la seule immoralité, ressentie par la conscience collective, du comportement. Le préjudice effectivement subi étant ici secondaire. *Tandis que le droit répressif viendrait sanctionner le dommage effectivement subi* (nous soulignons). Il est alors étroitement associé à la protection de l'intérêt des victimes et se rapproche d'autant plus du droit civil que ce dernier peut se reconnaître, notamment par les dommages-intérêts punitifs, une finalité répressive ». Ces développements illustrent parfaitement la confusion qui peut, en certains cas, entourer la distinction des responsabilités pénales et civiles. En effet, si l'exigence d'un dommage rapproche le droit répressif de la responsabilité civile, c'est parce que celle-ci poursuit une finalité indemnitaire. Si celle-ci poursuit en certains cas une finalité principalement punitive, la réalisation du dommage ne semble plus une condition *sine qua non*. *Contra* : E. Juen, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », *RTD Civ.* 2017.565, n° 11 à 14.

⁵⁴⁵ *Cf supra*, n° 67 et s..

⁵⁴⁶ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 79 et s., 118 et 119.

⁵⁴⁷ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 156 et s., spéc. n° 159 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 21 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 243 ; L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, p. 28.

⁵⁴⁸ Voir : Code de commerce, art. L. 442-6, I, 1°, 2°, 3°, 4° et 13°. W. Jeandidier, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 2005, 6^{ème} éd., n° 374. L'auteur souligne que la place importante laissée à la tentative par l'article L. 442-6 est le signe d'une pénalisation rampante. Voir en droit positif : C. com., art. L. 442-1, I.

⁵⁴⁹ C. com., art. L. 442-1, I, 1° et 2°.

rédaction des textes du Code de procédure civile instituant des cas d'amende civile ne semble pas faire du dommage une condition du prononcé de celle-ci⁵⁵⁰. À considérer même un des cas les plus anciens d'amende civile, celui de l'article 50 du Code civil, il semble clair que la présence d'un dommage causé aux particuliers n'était pas dans l'esprit des rédacteurs une condition de son prononcé⁵⁵¹. *De lege lata*, il ne semble ainsi pas que la survenance effective d'un dommage soit une condition générale, ni même fréquente, du prononcé des amendes civiles⁵⁵².

B – Les caractères et les fonctions de l'amende civile.

121. La multiplicité des fonctions de la responsabilité civile. Si un hypothétique rapport de l'amende civile avec l'indemnisation ne paraît pas de nature à fonder un lien entre cette amende et la responsabilité civile, c'est que ce rattachement s'opérerait en réalité à travers la fonction normative de la responsabilité civile. Supporter le poids de l'indemnisation peut certes dissuader de commettre une faute. Il a cependant été démontré qu'en de nombreux cas les mécanismes relevant de la responsabilité civile sont utilisés d'une façon que ne saurait justifier une finalité indemnitaire, témoignant de la vitalité de la dimension normative et moralisatrice de la responsabilité civile⁵⁵³. Bien que cette multiplicité des fonctions de la responsabilité civile paraisse rendre envisageable l'inclusion de l'amende civile en son sein (1) cette sanction demeure marquée par un fort caractère pénal (2).

1 – Le rattachement de l'amende civile à certaines fonctions de la responsabilité civile.

⁵⁵⁰ Sauf à considérer qu'une action abusive ou dilatoire cause nécessairement un préjudice.

⁵⁵¹ A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, *op. cit.*, p. 104.

⁵⁵² Certaines présentations récentes tendent cependant à donner à l'amende civile une coloration indemnitaire : voir E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 94. De façon surprenante, il est fait mention du §32 de l'affaire Jamil contre France, lequel se prononcerait sur « la nature de voie d'exécution de la contrainte par corps, pour le recouvrement des créances qui n'ont pas le caractère d'une amende civile ». Or il n'est fait nulle mention dans ledit paragraphe des amendes civiles, mais « des créances du Trésor public qui n'ont pas le caractère d'une réparation civile ». Sauf à considérer qu'il s'agit là d'une erreur d'écriture, il s'agit ici d'une assimilation de l'amende civile à une mesure réparatrice ; Voir également, affirmant la nécessité d'un préjudice pour prononcer une amende civile : C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 209. Voir à l'inverse, admettant la condamnation à une amende civile en l'absence de toute indemnisation du préjudice : Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525. Voir également : Caen, 29 oct. 2009, n° 08/01874 : « Attendu que la rupture brutale des relations commerciales établies constitue des manœuvres déloyales envers les fournisseurs et causent un trouble à l'ordre public économique qui doit être sanctionné par une amende civile ; que le montant de cette amende ne doit pas être calculé au prorata du préjudice subi par la victime directe du comportement fautif ».

⁵⁵³ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, Première partie : « Description de diverses manifestations de la fonction de peine privée de la responsabilité civile ».

122. Les éléments en faveur du rattachement. Si l'on admet que l'amende civile présente une finalité purement répressive, ou du moins détachée de toute considération indemnitaire, cette affirmation ne conduit pas pour autant nécessairement à écarter le rattachement de l'amende civile à la responsabilité civile, non seulement car cette dernière peut présenter une dimension punitive marquée (a) mais aussi car l'amende civile semble présenter des caractères la distinguant des sanctions pénales au sens strict (b).

a – La dimension punitive de la responsabilité civile.

123. L'autonomisation de la fonction normative de la responsabilité civile. Prenant acte de l'aspect punitif de la responsabilité civile, plusieurs auteurs ont souligné l'intérêt⁵⁵⁴ voire la cohérence⁵⁵⁵ qui peuvent exister à consacrer une fonction normative autonome de la responsabilité civile, laquelle prendrait alors une véritable dimension punitive. Si les raisons avancées rejoignent dans une large mesure celles présentées pour justifier la nécessité des sanctions pécuniaires civiles, notamment quant à l'insuffisance du rôle normatif joué par le droit pénal⁵⁵⁶, certains éléments tendant à justifier le rattachement des mécanismes en cause à la responsabilité civile présentent une originalité certaine. Deux arguments peuvent principalement être évoqués.

D'une part, le fait que certains mécanismes relevant de la responsabilité civile remplissent de façon occulte une finalité punitive rendrait nécessaire la consécration de cette fonction afin d'encadrer les risques de dérive inhérents à son caractère officieux⁵⁵⁷.

D'autre part, alors qu'historiquement la cohérence de la responsabilité civile aurait été assurée par la coexistence de ses fonctions indemnitaire et normative, caractérisée par une prise en compte de la situation du fautif aussi bien que de celle de

⁵⁵⁴ M. Chagny, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques concurrentielles », *Rev. Lamy concurrence*, 2005/4, not. n° 5.

⁵⁵⁵ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 362 et s..

⁵⁵⁶ *Cf infra*, n° 349.

⁵⁵⁷ G. Viney, « Rapport de synthèse », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, *LPA*, 2002/232, p. 66 et s. ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 197 ; L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 468, 2006, n° 936.

la victime et résultant dans la modulation des dommages et intérêts en fonction du comportement de l'auteur du dommage⁵⁵⁸, cet équilibre aurait été rompu pour deux raisons. Premièrement, le principe de réparation intégrale aurait été dévoyé. S'il pouvait trouver un sens lorsque la faute subjective constituait l'unique fondement de la responsabilité civile et permettait d'assurer conjointement les fonctions indemnitaire et normative de la responsabilité civile, son maintien serait contestable, non seulement du fait du développement de cas de responsabilité sans faute, mais également en matière de responsabilité pour faute. L'harmonie entre les deux fonctions de la responsabilité civile aurait tenu à ce que « pendant longtemps [l'adéquation entre la gravité de la faute et celle du dommage] caractérisait la majorité des cas », ce qui ne serait plus le cas⁵⁵⁹. Deuxièmement, le développement de mécanismes tendant à socialiser le poids de la réparation, notamment l'assurance, aurait entravé la fonction normative de la responsabilité civile, permettant à l'auteur de la faute de ne pas en supporter les conséquences⁵⁶⁰. Il a alors été proposé d'envisager la consécration de mécanismes propres à rendre à la responsabilité civile la dualité de fonctions qui faisait sa spécificité⁵⁶¹.

124. L'amende civile, manifestation de l'autonomisation de la fonction normative de la responsabilité civile. La consécration et l'autonomisation de la fonction normative de la responsabilité civile serait alors susceptible de prendre diverses formes. Si l'idée de conférer au juge civil la possibilité d'attribuer une somme décorrélée du seul dommage subi pour lui permettre de tenir compte de la gravité du comportement renvoie alors, sommairement, à l'idée de dommages et intérêts punitifs, les critiques adressées à ce mécanisme ont conduit à envisager que l'attributaire du

⁵⁵⁸ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 278 et s.. Certains auteurs expliquent également que les dommages et intérêts pouvaient, sous l'ancien régime, faire office de véritables peines, dans la mesure où ils étaient arbitraires : A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD civ.* 1903.5, p. 45 et 46. On peut toutefois regretter que l'auteur base son affirmation sur un texte de Guy DU ROUSSEAUD DE LA COMBE (G. du Rousseau de la Combe, « Dommages et intérêts », *in Recueil de jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier, par ordre alphabétique*, Mesnier et Jean de Nully, Paris, 1736, p. 100 et 101) qui ne porte que sur les « dommages & intérêts faute d'épouser », et au sein duquel l'auteur ne fait qu'évoquer rapidement le fait que « La fixation des dommages & intérêts est arbitraire et dépend des circonstances », phrase dont la portée exacte peut, hors de tout contexte, être difficile à déterminer.

⁵⁵⁹ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 299 à 305 et 307. Le principe aurait également perdu son sens en présence d'une responsabilité pour faute. Cette affirmation semble quelque peu divinatoire dans la mesure où, s'il est vrai que les développements technologiques accroissent les risques qu'une simple maladresse ou erreur d'attention conduisent à un désastre, ce risque est loin d'être nouveau et n'a sans doute jamais été négligeable. Voir déjà : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*.

⁵⁶⁰ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, n° 8.

⁵⁶¹ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, Deuxième partie.

produit de la sanction ne soit pas la victime, incitant alors une partie de la doctrine à se tourner vers l'amende civile⁵⁶². Cette amende pourrait alors apparaître comme une manifestation de la fonction normative de la responsabilité civile. L'amende civile, au moins lorsqu'elle est d'un faible montant, serait alors soumise aux principes du droit civil⁵⁶³, ce qui est surtout une façon de dire qu'elle ne serait pas soumise aux principes du droit pénal.

b – Les éléments de distinction entre l'amende civile et la sanction pénale.

125. L'affirmation du caractère non-pénal de l'amende civile. Le caractère non-pénal de l'amende civile a été affirmé à plusieurs reprises, notamment en matière d'amendes de procédure civile. Ainsi, de ce que l'amende civile « n'a pas le caractère d'une mesure pénale, [...] il suit de là que cette disposition [...] a pu être légalement prise par voie règlementaire »⁵⁶⁴. De même, l'amende civile prévue à l'article 628 du Code de procédure civile ne présenterait le caractère « ni d'un impôt ni d'une sanction pénale », visant uniquement à dissuader les auteurs de pourvois téméraires portant atteinte de façon inconsidérée à l'autorité de la chose jugée et présenterait de ce fait « le caractère de mesure de procédure civile », autorisant à ce que l'amende soit prononcée sans débat contradictoire⁵⁶⁵. Il faut toutefois, dès à présent, souligner que la portée à accorder à l'évasion des principes pénaux n'est pas évidente, le Conseil d'État exigeant la détermination textuelle du maximum de la sanction encourue⁵⁶⁶, ce qui rappelle fortement le principe de légalité des peines.

126. L'analyse critique d'une justification non retenue. Afin de préciser la distinction entre l'amende civile et les sanctions pénales, il est alors possible de prendre en considération certains arguments développés au sujet des amendes administratives.

⁵⁶² Cf *supra*, n° 84 et s.. Pour une application explicite du raisonnement présent aux amendes civiles : A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 493, Paris, 2008, n° 199. *Adde* : G. Viney, « Rapport de synthèse », art. préc..

⁵⁶³ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs », art. préc., n° 13 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 128.

⁵⁶⁴ A. Bénabent, Note sous CE, 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de Frances et autre*, D. 1979.II.606.

⁵⁶⁵ CE, Ass., 5 juill. 1985, préc..

⁵⁶⁶ *Ibid.*.

En effet, si amendes civile et administrative ne sont pas réductibles l'une à l'autre⁵⁶⁷, elles ont pour particularité commune de mettre en œuvre une sanction traditionnellement caractéristique du droit pénal hors du champ de ce dernier.

Concernant les sanctions administratives, certains auteurs ont ainsi affirmé que leurs finalités différaient de celles des sanctions pénales : alors que celles-ci, outre un rôle sanctionnateur évident, poursuivent également des objectifs de rééducation et de réinsertion sociale⁵⁶⁸, ces aspects seraient absents ou beaucoup plus secondaires concernant les sanctions administratives⁵⁶⁹. L'analyse aurait *a priori* pu sembler transposable aux amendes civiles qui, outre un effet de dissuasion spécial de celui qui a été condamné, ne paraissent pas adaptées à la poursuite de tels objectifs^{570 571}.

De ce point de vue, une caractéristique majeure de l'amende civile qui l'éloignerait de la responsabilité pénale serait l'absence, ou la présence dans une mesure bien moindre, de caractère infamant de celle-ci, se traduisant notamment par l'absence d'inscription au casier judiciaire de la condamnation à une amende civile⁵⁷² et par le fait que celle-ci est, généralement, prononcée dans le cadre aseptisé du procès civil⁵⁷³. Cette présentation, qui semble toutefois devoir être remise en cause⁵⁷⁴, rejoint l'idée selon laquelle l'amende civile viendrait sanctionner le respect de règles techniques détachées de toute considération morale⁵⁷⁵. Ces éléments concernent cependant déjà la question des conditions du prononcé des sanctions.

⁵⁶⁷ Cf *supra*, n° 88 et s..

⁵⁶⁸ CP, art. 130-1.

⁵⁶⁹ F. Moderne, *La sanction administrative*, *op. cit.* ; *Contra* : B. Lassere, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », art. préc., selon qui les sanctions pécuniaires en cas de violation des règles de concurrence poursuivent notamment une visée corrective. Voir également sur la proximité fonctionnelle des sanctions pénales et administratives : E. Claudel, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », art. préc., n° 39. Voir pour les dommages et intérêts punitifs : A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 87 : « De façon plus générale, le Syndicat de la magistrature a jugé que les dommages et intérêts punitifs, qui engendraient une confusion entre les fonctions de la responsabilité pénale et de la responsabilité civile, emportaient un risque de « dépenalisation rampante », et permettraient à l'auteur d'une faute quasi-pénale d'éviter le caractère infamant de la condamnation pénale ».

⁵⁷⁰ Cf *infra*, n° 422.

⁵⁷¹ On peut même penser que les sanctions administratives, à travers les procédures de conciliation qui existent parfois, notamment en matière de concurrence, et qui peuvent conduire à une sanction davantage acceptée, répondent davantage aux objectifs évoqués que les amendes civiles qui ne connaissent actuellement pas de tels procédures.

⁵⁷² M. Leroy, *Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage*, *op. cit.*, n° 12 ; J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé*, *loc. cit.* ; C. Marsat, « Nature de l'action fondée sur l'article 91 du Code de procédure pénale », *Droit pénal* 2000/1, chron. 2.

⁵⁷³ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 235 : l'auteur justifie l'absence de caractère stigmatisant de la peine privée par ces particularités.

⁵⁷⁴ Cf *infra*, n° 133 et s. et n° 150 et s..

⁵⁷⁵ Cf *infra*, n° 150 et s..

127. Une analyse incertaine. De ces développements, il ressort que si l'amende civile semble pouvoir constituer une manifestation de la fonction normative de la responsabilité civile, elle se distinguerait par ailleurs par plusieurs aspects des sanctions caractéristiques de la responsabilité pénale. Un deuxième regard sur cette question force à la nuance. Outre que le rattachement de l'amende civile aux fonctions de la responsabilité civile révèle certaines insuffisances (a), cette sanction apparaît en réalité particulièrement délicate à distinguer de la sanction caractéristique du droit pénal, la peine (b).

a – Les insuffisances du rattachement de l'amende civile aux fonctions de la responsabilité civile.

128. Les difficultés à rattacher l'amende civile à une responsabilité civile aux finalités élargies. Malgré l'attrait que peut présenter le rattachement de l'amende civile à une responsabilité civile aux fonctions élargies, cette présentation semble fortement contestable.

Il ne semble pas contestable que la responsabilité civile puisse, de façon conjointe avec l'indemnisation, poursuivre une fonction normative, notamment au travers des règles déterminant la charge de l'indemnisation. Il paraît par ailleurs établi que certains mécanismes relevant techniquement de la responsabilité civile se détachent d'un fonctionnement indemnitaire afin de pouvoir poursuivre des finalités punitives ou dissuasives. Il est toutefois différent d'admettre de tels constats et de considérer qu'un mécanisme d'amende détaché de tout objectif d'indemnisation de la victime relève de la responsabilité civile.

Même à admettre que les deux fonctions de la responsabilité civile aient pu, lorsque la responsabilité avait pour fondement unique la faute subjective, coexister sans que l'une soit dans la dépendance de l'autre⁵⁷⁶, permettant dès lors que les solutions

⁵⁷⁶ Voir que l'objectif premier ait en réalité été la moralisation des comportements. G. Viney, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », in *La responsabilité*, op. cit., p. 5 : « La méthode consistant à résoudre le conflit d'intérêts que suscite la réalisation d'un dommage par référence aux devoirs préexistants de l'auteur vis-à-vis de la victime correspondait bien à la tradition de notre ancien Droit transmise par Domat et puisée chez les canonistes pour qui la responsabilité était davantage destinée à moraliser les conduits individuelles qu'à assurer la réparation du préjudice ». Voir cependant : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les*

qu'aurait commandé la fonction indemnitaire soient modulées au nom de la fonction normative⁵⁷⁷, il ne semble pas possible d'en déduire, en droit positif, qu'un mécanisme visant à inciter au respect de la norme par la condamnation du fautif et ne présentant aucun aspect indemnitaire puisse être rattaché à la responsabilité civile⁵⁷⁸.

En effet, il apparaît d'une part que la responsabilité civile, dont la mise en œuvre n'est plus subordonnée à la survenance d'une faute, ne présente pas en toutes circonstances de fonction normative. À cela il faut ajouter que la multiplication des faits générateurs de responsabilité a logiquement conduit à ce que la cohérence de la responsabilité civile ne puisse émerger qu'à travers une fonction. La fonction normative n'étant pas consubstantielle à la responsabilité civile, c'est à travers la fonction indemnitaire que s'est établie l'unité de l'institution. Si l'on peut envisager le rattachement à la responsabilité civile d'un mécanisme présentant, outre une fonction indemnitaire, une fonction répressive marquée⁵⁷⁹, l'amende civile ne présente normalement pas de fonction indemnitaire.

129. On pourrait toutefois reprocher à cette présentation de retenir une conception simpliste de la responsabilité civile : celle-ci ne saurait être définie qu'à travers sa fonction indemnitaire. Si la responsabilité civile se limitait à cette seule fonction, elle ne présenterait de ce point de vue aucune différence avec les régimes spéciaux d'indemnisation (assurances, fonds de garantie, *etc.*). Ces derniers se révélant à la fois plus simples et plus efficaces dans la poursuite d'un objectif indemnitaire, la responsabilité civile semblerait vouée à disparaître. Monsieur JOURDAIN a ainsi pu affirmer que « les fonctions de prévention, de punition, de régulation et de moralisation des comportements qui sont accessoires à la fonction de réparation de la responsabilité

effets de la responsabilité, op. cit., n° 2. La responsabilité civile se caractériserait par la prédominance de la fonction de réparation et par la prééminence de fait de la réparation en argent. Or « ces deux caractéristiques essentielles apparaissent dans les textes que le Code civil français a consacrés aux effets de la responsabilité et qui sont d'ailleurs [...] restés à peu près inchangés depuis 1804 ».

⁵⁷⁷ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 278 et s., spéc. n° 287 à 289.

⁵⁷⁸ Une analogie peut sur ce point avec ce qu'écrit Monsieur Chénéde au sujet de la peine privée : « Si [la] peine privée devait faire son entrée dans le droit français, elle ne devrait pas être assimilée à la responsabilité civile qui – en sa qualité de commutation involontaire – a pour fonction de rétablir l'équilibre patrimonial rompu en compensant la perte subie par la victime » (F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, Paris, 2008, n° 503). Voir également : A. Bénabent, « La mise en œuvre de la responsabilité civile », *LPA* 2005/14, p. 31 et s. : « La responsabilité délictuelle n'a pas pour fonction de sanctionner. Sans doute a-t-elle souvent pour résultat de sanctionner. Mais sa fonction première est de réparer et cette fonction peut lui donner au sein de l'arsenal sanctionnateur une connotation, voire certaines infirmités particulières ». *Contra* : L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 524.

⁵⁷⁹ Ce qui renvoie alors à l'étude de la conception mixte de la peine privée : *Cf infra*, n° 200 et s..

civile ne se retrouvent pas dans ces régimes spéciaux qui ont nécessairement un caractère collectif »⁵⁸⁰.

Toutefois, on remarquera que la fonction indemnitaire reste, dans cette présentation, la fonction caractéristique de la responsabilité civile, les autres fonctions n'étant dépeintes que comme accessoires⁵⁸¹. Le critère proposé par Monsieur JOURDAIN vise à déterminer parmi les mécanismes indemnitaires ceux qui relèvent de la responsabilité civile⁵⁸². Les fonctions punitive et préventive n'apparaissent que comme des fonctions possibles, et non nécessaires. Ainsi que le souligne l'auteur, la responsabilité civile est en plusieurs cas détachée de toute idée d'illicéité ou de défectuosité⁵⁸³. Le critère que propose Monsieur JOURDAIN repose sur le « lien de rattachement du dommage au responsable »⁵⁸⁴. Ce lien consiste à exiger que la personne désignée comme responsable soit pour quelque chose dans la survenance du dommage, par son comportement, l'activité qu'il déploie ou les pouvoirs qu'il détient⁵⁸⁵. Le lien que retient l'auteur est toutefois suffisamment lâche pour que celui tenu d'indemniser – même en présence d'un cas de force majeure – le dommage que son activité a concouru à créer soit considéré comme civilement responsable⁵⁸⁶, cas dans lequel la mise en œuvre d'un mécanisme punitif n'aurait évidemment aucun sens.

Si on peut alors admettre que la responsabilité civile se distingue des régimes spéciaux d'indemnisation par sa capacité à poursuivre de telles fonctions⁵⁸⁷, cette affirmation ne conduit cependant pas à rattacher à la responsabilité civile un mécanisme d'amende, lequel ne saurait permettre de réparer le dommage subi par la victime.

⁵⁸⁰ P. Jourdain, « Du critère de la responsabilité civile », in *Liber-amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, *op. cit.*, p. 553.

⁵⁸¹ L'aspect punitif de la responsabilité civile peut certes être autonome de sa dimension indemnitaire, mais jamais au niveau de la mise en œuvre même de la responsabilité. Voir par exemple L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 524. La présentation de l'auteur est toutefois centrée sur la question de la conciliation des intérêts normatifs et indemnitaires de la responsabilité civile. Si la démonstration est sur ce point éclairante, elle n'établit pourtant pas en quoi il est assimilable de punir l'auteur d'une faute en l'obligeant à réparer les conséquences de celle-ci et de créer un mécanisme punitif nécessairement détaché de toute idée indemnitaire.

⁵⁸² P. Jourdain, « Du critère de la responsabilité civile », art. préc., p. 555.

⁵⁸³ P. Jourdain, « Du critère de la responsabilité civile », art. préc., p. 557. *Contra* : L. Clerc-Renaud, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, Thèse dactyl., Université Savoie Mont Blanc, 2006, sous la dir. de Ph. Brun, n° 244 et s.

⁵⁸⁴ P. Jourdain, « Du critère de la responsabilité civile », *loc. cit.*

⁵⁸⁵ P. Jourdain, « Du critère de la responsabilité civile », art. préc., p. 558.

⁵⁸⁶ P. Jourdain, « Du critère de la responsabilité civile », art. préc., p. 559 et 560.

⁵⁸⁷ Les régimes spéciaux d'indemnisation conduisant quant à eux à établir lien purement financier entre celui chargé d'indemniser et le dommage en fonction d'un risque social pris en charge, ce qui semble s'opposer intrinsèquement à tout effet dissuasif ou punitif, la responsabilité civile suppose toujours que le responsable présente un lien avec le fait dommageable qui rend théoriquement possible la production de tels effets.

130. La dénaturation de la responsabilité civile. Considérer que la responsabilité civile puisse se manifester à travers des mécanismes ne poursuivant pas de fonction indemnitaire reviendrait à admettre que cette responsabilité recouvre des figures pouvant résulter de faits générateurs divers et ne présentant pas nécessairement de fonction commune, autrement dit qu'elle ne présente plus aucun élément d'unité⁵⁸⁸. Il ne s'agit pas de nier que la responsabilité civile puisse, parallèlement à son rôle indemnitaire, poursuivre une finalité normative ni de contester la démonstration de Suzanne CARVAL sur l'utilisation officieuse de la responsabilité dans une logique punitive. Ces éléments ne conduisent toutefois pas à justifier le rattachement à la responsabilité civile de mécanismes qui ne rempliraient pas de fonction indemnitaire. Il est, par ailleurs, permis de penser que c'est justement parce que le rôle joué par ces détournements n'est pas avoué que le rattachement à la responsabilité s'opère aisément. S'il peut exister un certain intérêt à une répression extra-pénale⁵⁸⁹, l'officialisation de telles solutions rendrait plus difficile leur rattachement à la responsabilité civile, particulièrement si elle aboutit à la création de mécanismes purement répressifs. Même à admettre que l'amende civile constitue un mécanisme civil de responsabilité, il n'est alors pas possible de considérer que ce mécanisme relève de la responsabilité civile dans son sens classique. Dès lors que le rattachement de l'amende civile à la responsabilité civile dans son acception technique semble contestable, il restera à

⁵⁸⁸ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Paris, 5ème éd., 2019, n° 12 et s. ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 59 : L'auteur souligne, certes au sujet de la fonction préventive et non punitive, que la consécration d'une action autonome fondée sur la prévention du dommage ne semble pas opportune : « Il ne devrait y avoir qu'une action en responsabilité civile de droit commun, obéissant largement aux mêmes conditions et entraînant globalement les mêmes effets. Par suite, si la responsabilité civile peut appréhender le risque de dommage, c'est à la condition qu'il se plie à son régime, à ses conditions et à ses effets, quitte à les adapter ». La même remarque est faite avec force par Monsieur JOURDAIN : « Admettre que la responsabilité civile puisse intervenir sans dommage traduirait une dénaturation de l'institution. La responsabilité civile ne serait plus l'institution qui permet la réparation des dommages affectant des victimes mais le moyen de mettre en œuvre le principe de précaution. Il me semble que, plutôt que de dévoyer la responsabilité civile en l'instrumentalisant et en l'utilisant à des fins qui ne sont pas les siennes, il serait préférable de créer une action préventive spécifique » (P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA 2010/3*, Dossier 11). Cette critique peut être étendue à la consécration de mécanismes remplissant une fonction purement punitive au sein de la responsabilité civile, dans la mesure où l'existence d'un dommage ne semble alors plus nécessaire (pour de plus amples développements sur cette question, *cf. infra*, n° 202). On peut alors être surpris que Monsieur JOURDAIN considère que les dommages et intérêts punitifs pourraient être consacrés au sein de la responsabilité civile (voir par exemple P. Jourdain, « Rapport introductif », art. préc., n° 5). Voir toutefois : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 010.12. L'auteur insiste sur le rôle « d'apaisement » de la victime que remplit la responsabilité civile qui justifierait sa fonction rétributive. Deux remarques peuvent néanmoins être faites. D'une part, on ne peut penser que ce rôle d'apaisement est rempli, en matière de responsabilité civile, par l'indemnisation de la victime, y compris de son préjudice moral, et par l'affirmation judiciaire de la responsabilité du fautif. D'autre part et surtout, concernant l'amende civile, ce rôle semble largement secondaire. Le fait que la victime ne puisse, par principe, demander le prononcé de cette amende (*Cf. infra*, n° 708 et s.) conduit à considérer que le droit ne prend pas actuellement, en ce domaine, en considération l'apaisement que procure à la victime la condamnation du coupable.

⁵⁸⁹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 215 et s..

envisager les différents éléments pouvant justifier le caractère civil de ce mécanisme de responsabilité et, ce faisant, à créer un véritable droit civil répressif.

b – L’amende civile et la peine.

131. L’amende civile ne constitue pas une peine au sens technique. À l’analyse, il semble toutefois difficile de distinguer cette amende des éléments caractéristiques de la peine (i). À l’inverse et en dépit de certaines propositions doctrinales en ce sens, il ne semble pas que l’amende civile puisse généralement être qualifiée de sanction disciplinaire (ii).

i – Les caractéristiques de la peine.

132. La dualité des notions de peine. La notion de peine n’apparaît pas actuellement unitaire. Outre les difficultés à caractériser la notion de peine en droit interne, la Cour européenne des droits de l’homme retient une acception particulière de la peine au sens de la Convention. Bien que les deux notions présentent des divergences, celles-ci ne sont pas source de confusion pour la présente étude. En effet, les rapports de l’amende civile avec la notion de peine en droit interne renvoient principalement à la cohérence du mécanisme, alors que les rapports de l’amende civile avec la notion de peine développée par la Cour européenne des droits de l’homme interrogent davantage les conditions dans lesquelles celui-ci peut se développer. La qualification de peine au sens de la Convention entretient cependant des liens étroits avec le régime supralégislatif des mécanismes en cause et sera étudiée à ce titre⁵⁹⁰.

133. Les rapports ambigus de l’amende civile et de la peine *stricto sensu*. Si l’on exclut les mesures de sûreté⁵⁹¹, dont l’amende civile ne saurait *a priori* poursuivre les finalités⁵⁹², la sanction caractéristique du droit pénal est la peine. C’est alors de la confrontation aux éléments caractéristiques de cette sanction particulière

⁵⁹⁰ Cf *infra*, n° 520 et s.

⁵⁹¹ Sur la complexité de cette notion : M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 5 et s, spéc. n° 10.

⁵⁹² Cf *infra*, n° 562.

que devrait apparaître les éléments conduisant à justifier l'exclusion de l'amende civile du domaine de la responsabilité pénale.

Les liens unissant (ou opposant) les notions de peine et d'amende civile sont pour le moins incertains. Pour certains auteurs, la dénégation de la qualification de peine concernant l'amende civile semble marquée du sceau de l'évidence, au point de faire l'objet d'une affirmation pure et simple⁵⁹³. D'autres présentations soulignent au contraire les éléments pouvant conduire à inclure l'amende civile au sein de la catégorie des peines⁵⁹⁴. Les différences entre ces approches peuvent d'ailleurs sans doute s'expliquer, les premières correspondant à une vision formelle de la peine, les secondes à une conception davantage matérielle.

134. Une notion difficilement définissable. Au-delà de la présentation de la peine comme sanction caractéristique du droit pénal, sa définition est entourée d'une certaine incertitude⁵⁹⁵. Celle-ci peut s'entendre du « châtement édicté par la loi à l'effet de prévenir et s'il y a lieu de réprimer l'atteinte sociale qualifiée d'infraction »⁵⁹⁶. Ce lien, largement admis⁵⁹⁷, entre peine et infraction, conduit alors à retenir une conception quelque peu tautologique de la peine. En effet, si la peine constitue la réponse à une infraction (au sens strict du terme), l'infraction ne peut réciproquement être qu'un interdit sanctionné par une peine⁵⁹⁸, ou comme on a pu l'écrire : « ce qui distingue la loi pénale et fait son originalité dans l'univers juridique est la sanction dont elle fait emploi ; exactement comme c'est la sanction applicable qui confère à une infraction sa nature pénale »⁵⁹⁹.

⁵⁹³ Voir par exemple : M. Guétat, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, *op. cit.*, p. 83 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 615.

⁵⁹⁴ L. Cadiet, « Sanction et procès civil », art. préc. ; M. Dugué, S. Prétot, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », *Droit et Patrimoine*, 2017/269 : « Parce qu'elle constitue une peine, l'amende civile... ».

⁵⁹⁵ C. Mandon, « Faut-il repenser la peine ? La peine, entre dilution et dispersion », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, Actes du colloque organisé à Tours les 6 et 7 novembre 2014, LGDJ, coll. « Grandscolloques », Issy-les-Moulineaux, 2015, n° 3 ; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, *op. cit.*, n° 22 et s..

⁵⁹⁶ E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 5.

⁵⁹⁷ Voir ainsi : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1240 selon qui la peine constitue « la souffrance que le pouvoir social inflige à l'auteur d'un délit légal » (Nous soulignons) ; L. de Graeve, « La notion de sanction pénale en droit interne », in *La sanction*, *op. cit.*, p. 61 et s..

⁵⁹⁸ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 122 ; P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, *op. cit.*, n° 63 : définissant l'infraction comme « une action ou une omission qui se manifeste extérieurement comme une atteinte à l'ordre à la paix, à la tranquillité sociale, et que la loi, pour cette raison, sanctionne par une peine ». Le même auteur (*op. cit.*, n° 315) définit d'ailleurs la peine comme « la sanction caractéristique de l'infraction ». Voir cependant : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 225.

⁵⁹⁹ C. Pedrazzi, « Le rôle sanctionnateur du droit pénal », in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1985, p. 15.

135. Cette approche conduit alors naturellement à retenir, au moins à titre principal, une conception volontariste de la peine faisant de la qualification législative l'élément absolu de reconnaissance des peines⁶⁰⁰, bien que cette présentation soit généralement quelque peu assouplie, certaines sanctions qualifiées de peines par le législateur correspondant en réalité à des mesures de sûretés⁶⁰¹. De même, si la peine est parfois identifiée à la sanction prononcée par le juge pénal⁶⁰², ce critère ne semble pas infaillible, l'ensemble des sanctions prononcées par le juge pénal n'étant pas des peines et certaines peines intervenant sans juge⁶⁰³. On peut penser que, si en dépit des insuffisances que ces critères de définition ou d'identification présentent, ceux-ci demeurent centraux dans l'appréhension de la peine, c'est en partie du fait que ces critères semblent seuls à même de rendre compte de la particularité de la peine comme sanction spécifique du droit pénal. En effet, force est de constater que toute approche matérielle ou fonctionnelle de la peine conduit à brouiller les frontières qui la sépare de certaines sanctions décrites comme para-pénales⁶⁰⁴.

136. L'ambiguïté des caractères et fonctions de la peine. Les caractères et fonctions attribués aux peines sont loin de faire l'objet d'un consensus. Si pour certains auteurs les caractères fondamentaux de la peine sont d'être afflictive, infamante, déterminée et définitive⁶⁰⁵, d'autres insistent sur ses caractères douloureux, dissuasif et éducatif⁶⁰⁶, voire sur la légalité, l'égalité et la personnalité des peines⁶⁰⁷. À s'en tenir aux fonctions de la peine⁶⁰⁸, celles-ci apparaissent diverses, les tentatives de définition

⁶⁰⁰ E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 53 à 55.

⁶⁰¹ E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 64 à 69.

⁶⁰² C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 46. Les deux présentations ne s'opposent d'ailleurs pas : J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 617 : « Les sanctions pénales sont prononcées uniquement par le juge pénal et sur la base d'une infraction pénale ».

⁶⁰³ L. de Graeve, *La notion de sanction pénale en droit interne*, loc. cit. ; A. Chouvet-Lefrançois, « La finalité de la sanction en droit pénal », in *A propos de la sanction*, Travaux de l'IFR n° 6, Toulouse, 2007. On pourrait d'ailleurs remarquer que l'existence même des sanctions pécuniaires civiles et des sanctions administratives soulève des questions importantes dans la cohérence, ou au moins dans la portée à accorder, à cette présentation : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1239.

⁶⁰⁴ *Ibid.* //

⁶⁰⁵ B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 517 et s..

⁶⁰⁶ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 227 et 1241 à 1253. L'auteur met toutefois en doute les caractères autres que douloureux. Insistant également sur le caractère douloureux de la peine mais retenant comme autres caractères d'être prononcée par une autorité à des fins de sanction : G. Kellens, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1991, p. 19, 20 et 30.

⁶⁰⁷ P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., n° 325 à 329.

⁶⁰⁸ M. Van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 22 et s, n° 6 : l'auteur distingue les objectifs, qui correspondent aux rôles idéaux que remplit la peine, les effets, renvoyant aux conséquences que produit la peine sans être désirée et les fonctions, qui se distinguent des objectifs car correspondant à un rôle réellement rempli, mais également des effets « à la fois par le fait que la fonction se réfère à un rôle caractéristique et essentiel de la peine, par le fait qu'elle désigne un rôle auquel elle semble particulièrement adaptée, et enfin par le fait qu'elle se réfère à un rôle répondant positivement

législatives des fonctions de la peine opérées en 2005 à l'article 132-24 du Code pénal⁶⁰⁹, puis en 2014 à l'article 130-1⁶¹⁰ n'ayant d'ailleurs pas nécessairement contribué à la résolution de la question. Ce dernier texte dispose : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions :

1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ;

2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ».

Cet article a fait l'objet de diverses critiques, orientées vers les multiples imprécisions et oublis qu'il contient⁶¹¹. Malgré les désaccords qui entourent la question des finalités de la peine, il est généralement admis que celle-ci vise la rétribution de l'infraction⁶¹², sa dissuasion – tant générale (dissuader les non délinquants de le devenir) que spéciale (dissuader la récidive)⁶¹³ – la mise à l'écart du délinquant⁶¹⁴ et sa réadaptation⁶¹⁵. Or ces fonctions, si elles peuvent jouer un rôle complémentaire⁶¹⁶,

aux exigences du système auquel elle appartient » ; Sur l'évolution des fonctions de la peine voir notamment : A. Chouvet-Lefrançois, « La finalité de la sanction en droit pénal », art. préc. ; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, op. cit., n° 25 à 30.

⁶⁰⁹ Loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, art. 4.

⁶¹⁰ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014 relative à l'individualisation des peines et renforçant l'efficacité des sanctions pénales, art. 1.

⁶¹¹ X. Pin, « Quelles perspectives pour le droit pénal ? », *RDA* n° 13 et 14, p. 155 et s., spéc. p. 157 : « Tout y est : la sanction (ce qui est vague), l'amendement, c'est-à-dire le rachat moral et la réinsertion, c'est-à-dire le rachat social. L'ennui est que la peine n'est pas définie dans son aspect *afflictif* substantiel (la punition) et que le code pénal omet de dire qu'elle n'est plus la seule « réponse » à l'infraction, en ne la distinguant pas suffisamment des mesures de sûreté et des autres mesures alternatives à la poursuite » ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1256. L'auteur insiste sur l'aspect contradictoire du texte qui conduit à considérer la peine à la fois comme une affliction et une chance pour le condamné ; M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, op. cit., n° 135 : ce texte constituerait l'ultime étape de la consécration de la dangerosité comme fondement de la peine, aboutissant à une « dénaturation de la peine ».

⁶¹² B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 29 et 512 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 618 et 619. Voir néanmoins, soutenant un renouvellement des fonctions de la peine et un abandon de la dimension rétributive : E. Dreyer, « L'objet de la sanction pénale », *D.* 2016.2583, spéc. n° 5 ; M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de Y. Mayaud, soutenue le 15 nov. 2016, n° 3 : « Assurément, comme le laisse entendre l'étymologie du terme, la fonction "rétributive" est le propre de la sanction pénale ».

⁶¹³ B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 509 et s. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 620 ; J. Walther, « À justice équitable peine juste ?, vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC* 2007.23 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 50. Voir néanmoins : Ph. Robert, « Les effets de la peine pour la société », in *La peine, quel avenir ?*, Le Cerf, 1983, p. 105 et G. Kellens, cités par M. Van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie », art. préc., n° 9.

⁶¹⁴ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 49, J. Pradel, *Droit pénal général*, *ibid.*

⁶¹⁵ Sur l'émergence de cette fonction : M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, op. cit., n° 127, 128, 132 et 133 ; G. Kellens, *Précis de pénologie et de droit des sanctions*, op. cit., p. 37 ; C. Mandon, « Faut-il repenser la peine ? La peine entre dilution et dispersion », art. préc., n° 13 ; Voir cependant : M. Van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie », art. préc., n° 11, pour qui si la fonction de resocialisation peut constituer un objectif de la peine, elle ne saurait en constituer la fonction principale.

⁶¹⁶ M. Van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie », art. préc., n° 7. Sur la pluralité, la spécificité et la difficulté à articuler chacune des fonctions dévolues aux peines : J. Motte dit Falisse,

présentent un caractère potentiellement contradictoire, à la fois tournées vers le passé et l'avenir⁶¹⁷, la société et l'individu⁶¹⁸, la morale et l'utilité⁶¹⁹. C'est alors leur importance respective qu'il convient d'apprécier, une partie de la doctrine accordant une importance toute particulière à la fonction dissuasive⁶²⁰ ou à la réadaptation du condamné⁶²¹, là où d'autres auteurs soulignent que la rétribution ne saurait être confondue avec les autres fonctions de la peine car elle en constitue le fondement nécessaire⁶²².

137. Le rappel des éléments avancés pour distinguer amende civile et peine. L'hypothèse a été émise que l'amende civile se distinguerait des peines au sens strict en ce qu'elle n'en présenterait pas l'ensemble des caractères et finalités⁶²³. Pourtant certaines finalités sont manifestement communes aux peines et aux amendes civiles. Ainsi, l'aspect rétributif de l'amende civile, qui inflige à un individu la souffrance d'une privation patrimoniale en réponse à son comportement ou à son omission, semble certain⁶²⁴. Il en va de même de la dimension dissuasive des amendes civiles qui apparaît comme un des aspects principaux de la promotion de ce mécanisme⁶²⁵. *In fine*, l'amende civile pourrait se distinguer des peines par trois

« Conclusion », in *Du sens de la peine*, L'Harmattan, coll. « Criminologie », 2017, Paris, p. 429 et s., spéc. p. 430 et 431.

⁶¹⁷ M. Van de Kerchove, « Éclatement et recomposition du droit pénal », *RSC* 2000.5, n° 5.

⁶¹⁸ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 47.

⁶¹⁹ B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 28 et 29 et *Pénologie*, op. cit., n° 5 ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, op. cit., 2002, n° 22.

⁶²⁰ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, Paris, 5^{ème} éd., 2000, n° 447 : si les auteurs présentent la fonction répressive comme « la fonction première du droit pénal (n° 446), ils affirment ensuite que « par essence même le droit pénal est préventif ». Cette affirmation renvoie au fait que l'incrimination découle de la volonté législative de protéger d'une façon particulière la valeur sociale correspondante.

⁶²¹ P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., n° 320.

⁶²² M. Van de Kerchove, « Les caractères et les fonctions de la peine », in *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 348 et 349 ; V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité », art. préc., n° 3 ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 402 ; L. de Graeve, *La notion de sanction pénale en droit interne*, loc. cit. ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, loc. cit..

⁶²³ Cf. *supra*, n° 125.

⁶²⁴ J. Pradel, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019.490 : « Quand le législateur doit-il incriminer ? Quels actes lui paraissent socialement assez graves pour justifier une réponse pénale, par hypothèse punitive et, réciproquement, quels actes lui paraissent assez bénins pour ne donner lieu qu'à une réponse administrative, voire civile, de nature seulement dissuasive ? » (Nous soulignons).

⁶²⁵ A. Garraud, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », art. préc., n° 5 ; E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017.1136, n° 12 : l'auteur présente (et critique à raison) l'idée selon laquelle le mécanisme d'amende civile proposé à l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile aurait une fonction purement dissuasive, n'ayant pas vocation à s'appliquer ; N. Dissaux, « Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution », loc. cit. ; G. Marraud des Grottes, « Levée de rideau sur le projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC*, 2017/147.

aspects : elle ne remplirait ni une fonction de neutralisation de la dangerosité du délinquant, ni de resocialisation et ne présenterait pas un caractère infamant⁶²⁶.

138. La faiblesse des éléments avancés. L'amende civile se révèle effectivement impropre à assurer la neutralisation de la dangerosité et la resocialisation de l'individu qu'elle frappe. Il semble pourtant excessif d'en déduire une distinction claire d'avec la peine. Cette particularité de l'amende civile ne se rattache sans doute pas tant à son caractère civil qu'à sa dimension pécuniaire. En effet, le même constat peut être dressé au sujet de l'amende pénale à tel point qu'on a écrit qu'« en matière correctionnelle, c'est bel et bien l'amende, désormais, qui assume de façon quasi-exclusive le rôle de peine *strictement rétributive* (nous soulignons), les autres peines relevant du traitement ou de la gestion de la dangerosité »⁶²⁷, les fonctions de la peine ici envisagées la détournant de sa nature rétributive pour la rapprocher singulièrement des mesures de sûreté. Nécessairement cantonnée aux aspects rétributif et dissuasif de la peine, l'amende apparaît alors comme « la plus pénale (...) des peines. Elle est, en effet, la peine à l'état pur dans la mesure où son but est de faire suffisamment mal pour dissuader »⁶²⁸. À l'image de l'amende pénale, l'amende civile est alors exclusivement tournée vers la rétribution et la dissuasion ce qui, loin de l'éloigner des fonctions de la peine, la rapproche de ce qui constitue le cœur de cette dernière.

139. La dimension infamante de l'amende civile. Reste alors que contrairement à la sanction pénale, l'amende civile ne présenterait pas de caractère infamant, ce qui se traduirait notamment par la juridiction compétente pour la prononcer et par l'absence d'inscription au casier judiciaire de l'amende civile⁶²⁹. Cette observation est globalement exacte. Il y a cependant lieu de nuancer fortement les conclusions qu'il convient d'en tirer.

140. La coloration morale du procès civil. Concernant le caractère aseptisé de l'instance civile, celui-ci est à relativiser. Il est en effet lié au but habituel de cette instance, qui n'est pas de se prononcer sur la culpabilité d'un individu. Cependant, dès

⁶²⁶ Cf. *supra*, n° 126.

⁶²⁷ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 138.

⁶²⁸ G. Kellens, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, *op. cit.*, p. 222.

⁶²⁹ Cf. *supra*, n° 126.

lors que le procès civil vise la rétribution d'un comportement fautif, sa neutralité est pour le moins discutable⁶³⁰. Celle-ci ne pourrait en tous cas être envisagée que dans la mesure où les amendes civiles ne viendraient sanctionner que des comportements perçus comme moralement neutres⁶³¹.

141. L'indifférence de l'inscription au casier judiciaire. L'importance accordée à l'absence d'inscription de la condamnation à une amende civile au casier judiciaire ne doit pas être exagérée. L'inscription d'une condamnation au casier contribue bien, dans une certaine mesure⁶³², à renforcer l'aspect stigmatisant de la condamnation à une peine. Toutefois, cette inscription n'a pas lieu pour toutes les infractions pénales, étant notamment exclue pour les contraventions des quatre premières classes⁶³³. De plus, concernant l'effet stigmatisant de l'inscription au casier judiciaire, celui-ci est de façon générale atténué en matière d'amende⁶³⁴. De plus, la

⁶³⁰ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 251 : « Pourtant, force est de constater que ce n'est pas tant le critère formel que celui matériel qui assure la publicité d'une décision judiciaire : le prétoire civil reste dans l'ombre dans la mesure où il tranche la question de la responsabilité et non celle de la culpabilité. Il est donc fort à penser que si, dorénavant, des affaires mettant en jeu une faute grave était portée non plus seulement devant les juridictions pénales mais également aux prétoires civils, l'attention médiatique se reporterait sur ces décisions civiles ». Madame CARVAL admet d'ailleurs que des sanctions civiles puissent avoir un effet stigmatisant. S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 313 : « Et bien que ce mal soit de moindre intensité lorsque la sanction est civile et non pénale, elle n'en a pas moins pour résultat [d'atteindre la personne condamnée], parfois durement, dans ses biens ou sa réputation ».

⁶³¹ Cf *infra*, n° 147 et s..

⁶³² M. Giacomelli, E. Gallardo, « Casier judiciaire », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2016, n° 2 ; M. Autessere, « À quoi sert le casier judiciaire des mineurs ? », RSC 2003.309 : « Si tout citoyen ne peut que se satisfaire d'une telle institution propre à justifier de façon officielle son honnêteté, il n'en est pas de même du délinquant condamné qui va en pâtir doublement. Pour lui, le casier judiciaire constitue la prolongation de la peine infligée ou même une peine supplémentaire. La mémorisation et surtout la divulgation de la peine le stigmatisent davantage ». Le casier judiciaire ne remplit toutefois pas cette seule fonction : il permet notamment aux tribunaux d'affiner le prononcé des sanctions, en tenant compte des récidives et des cumuls de peine. Du reste seul l'inscription aux bulletins n° 2 et 3 peut assurer le rôle de stigmatisation attribué à l'inscription au casier judiciaire, le bulletin n° 1 faisant l'objet d'une diffusion extrêmement restreinte (CPP art. 774, al. 2). Concernant les bulletins n° 2 et 3, les règles d'effacement ou de dispense d'inscription conduisent encore à restreindre le rôle infamant de l'institution (CPP art. 769 1° à 10°, notamment concernant les contraventions le 5° et 775-1 et 775-2).

⁶³³ CPP. art. 768 1° et 768-1 1. Voir plus généralement : M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », RSC 2008.805 : « Quant au caractère infamant ou stigmatisant de la peine, il apparaît également que certains modes de conservation des mesures prononcées, telles que leur inscription dans le casier judiciaire ou dans d'autres fichiers, sont traditionnellement considérés comme susceptibles de contribuer à donner à la peine un tel caractère. Il apparaît cependant que certaines condamnations pénales échappent à cette formalité et que certaines mesures non pénales sont susceptibles d'y être soumises ».

⁶³⁴ En cas de condamnation à l'amende ou à des jours-amende, la réhabilitation est acquise de plein droit après un délai de trois ans courant à partir du paiement (CP 133-13). Si la réhabilitation n'entraîne plus automatiquement depuis la loi du 5 mars 2007 l'effacement total de la mention au casier judiciaire (M. Giacomelli, E. Gallardo, « Casier judiciaire », art. cit., n° 74), elle conduit néanmoins à la suppression de la mention des bulletins n° 2 et 3 (CPP art. 775 5° et 777, al. 1^{er}). Si la même disposition n'est pas prévue pour les condamnations des personnes morales (Voir cependant l'article 799 du Code de procédure pénale), l'article 775-1 A 2° du Code de procédure pénale exclut l'inscription des condamnations à une peine d'amende inférieure à 30 000 euros).

publicité, et plus encore en certains cas la diffusion⁶³⁵, de la décision de condamnation à une amende civile est de nature à jouer un effet stigmatisant semblable à l'inscription au casier judiciaire. *In fine*, bien que l'inscription au casier judiciaire constitue une différence importante entre les amendes pénales et civiles, c'est moins du point de vue de l'effet stigmatisant que dans l'affinement de la sanction par rapport aux particularités de l'auteur du comportement sanctionné que celle-ci trouve sa traduction⁶³⁶.

142. La proximité des notions. Ainsi, si les amendes civiles ne peuvent être qualifiées de peine au sens technique, n'en épousant pas les éléments d'identification que sont la qualification législative et la compétence exclusive des juridictions pénales, elles s'en rapprochent tant du point de vue des fonctions que des caractères. La distinction des amendes civiles des sanctions proprement pénales, si elle présente un véritable intérêt pratique⁶³⁷ qui était d'ailleurs au cœur de la définition proposée de l'amende civile⁶³⁸, doit alors être relativisée.

ii – Les amendes civiles et les sanctions disciplinaires.

143. Une remarque sur la nature disciplinaire des amendes civiles semble nécessaire. De ce que les amendes civiles apparaissent comme une institution hybride, présentant une part importante des attributs des sanctions pénales sans pour autant y

⁶³⁵ C. Com, art. L. 442-6, III, al. 3, devenu L. 442-4, II : « La juridiction ordonne systématiquement la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'elle précise. Elle peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne condamnée ».

⁶³⁶ Par exemple, alors que l'effet stigmatisant de l'inscription au casier judiciaire de la condamnation à une amende est rapidement neutralisé par la réhabilitation légale, il n'en va pas de même de sa prise en compte dans le cadre de la récidive (CP, art. 133-16, al. 3), le retrait du bulletin n° 1 n'étant plus en ce cas automatique (CPP, art. 798-1) ; B. Mazabraud, *La peine privée. Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 398, spéc. note de bas de page n° 111.

⁶³⁷ V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité », art. préc., n° 9 et 10 : ainsi que le souligne l'auteur, la différence de régime est d'ailleurs circonscrite par la nécessité pour ces différentes sanctions de respecter les mêmes droits fondamentaux.

⁶³⁸ Cf. *supra*, n° 81.

correspondre parfaitement, il serait tentant de les qualifier, de façon générale, de disciplinaires⁶³⁹. Tel n'est pourtant généralement pas le cas.

144. D'une part, seuls quelques cas d'amende civile s'appliquent à un groupe restreint de personnes liées par une discipline commune, la plupart étant virtuellement applicables à quiconque. Il faudrait ainsi retenir du terme disciplinaire une acception particulièrement large pour considérer que les pratiques anciennement visées à l'article L. 442-6, I et II du Code de commerce présentent un caractère « disciplinaire »⁶⁴⁰. De même pour celles applicables en cas de cession d'entreprise.

D'autre part, et de façon plus générale, les sanctions pécuniaires semblent présenter une certaine incompatibilité avec la qualification de sanction disciplinaire dans un sens étroit⁶⁴¹. La spécificité de la répression disciplinaire tient en effet au fait qu'elle s'applique dans un ordre juridique particulier, justifiant de ce fait une souplesse que d'autres sanctions n'ont pas⁶⁴². Or pour que cette conception soit pleinement satisfaisante, il semble nécessaire que la sanction non seulement réponde à un comportement réprimé par un ordre juridique particulier mais également ne produise d'effet, au moins direct, que dans l'ordre considéré⁶⁴³, ce qu'une sanction pécuniaire sera rarement en mesure de faire⁶⁴⁴, sauf peut-être à envisager une réduction des

⁶³⁹ Voir par exemple : A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 492, note n° 36. Une difficulté d'ordre terminologique peut à ce stade être signalée. L'expression « sanction disciplinaire » est parfois employée pour distinguer certaines mesures qui viennent réprimer des actes d'incivilité et non de véritables atteintes aux valeurs fondamentales de la société (J. Leroy, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 607), ou encore pour insister sur la fonction préventive ou normative, notamment par rapport à l'aspect rétributif, de la mesure (M.-T. Calais-Auloy, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », *art. préc.*, n° 11 ; Ph. Conte, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Droit pénal 2006*, étude 4, n° 19 : « le législateur est le premier à ne pas tirer toutes les conséquences des finalités prioritairement préventives qui confèrent au droit pénal de la consommation un tour disciplinaire, plus que répressif »).

⁶⁴⁰ Voir désormais les articles L. 442-1 et suivants du Code de commerce.

⁶⁴¹ Voir par exemple, au sujet des sanctions pécuniaires en matière administrative : M. Degoffe, « Typologie des sanctions de l'administration », *JCP A*, 2013, 2075, n° 2 ; M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁴² B. Bouloc, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 33. Sur l'utilité des sanctions disciplinaires et leur articulation avec les responsabilités civile et pénale, voir par exemple : G. Viney, « Rapport de synthèse », in *La responsabilité, aspects nouveaux*, LGDJ, Paris, 1999, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. L., p. 1 et s., spéc. p. 15. Voir également : G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, *op. cit.*, n° 330 et s..

⁶⁴³ Voir en ce sens dans le domaine des sanctions administratives : M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, n° 89 ; Pour une formulation semblant distinguer sanctions pécuniaires et disciplinaires : Y. Muller, « La dépenalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », *art. cit.* : l'auteur indique que les sanctions pénales sont remplacées par « procédures civiles ou commerciales ou par des sanctions administratives, disciplinaires ou pécuniaires » (nous soulignons). *Contra* : B. Bouloc, *Droit pénal général*, *loc. cit.* : l'auteur indique notamment que certaines amendes, et particulièrement les amendes civiles à l'encontre des officiers d'état civil présentent un tel caractère ; P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, n° 125.

⁶⁴⁴ Voir par exemple : M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 40.

bénéfices pécuniaires tirés de l'appartenance à l'ordre juridique en question⁶⁴⁵. On pourrait pourtant objecter que certaines sanctions qui semblent expressément qualifiées de disciplinaires peuvent être pécuniaires. Il en va ainsi des sanctions prononcées par l'agence française de lutte contre le dopage⁶⁴⁶, que l'article L. 232-22 du Code du sport semble qualifier de disciplinaires. Or parmi ces sanctions, énumérées à l'article L. 232-23 du même Code, se trouve une sanction pécuniaire d'un montant de 45 000 euros pour un sportif, de 150 000 euros pour toute autre personne. Néanmoins, à considérer que le qualificatif de « disciplinaire » employé par le texte vise effectivement cette mesure, ce qui pourrait être contesté⁶⁴⁷, la portée de ce qualificatif est ici incertaine. L'ensemble de ces dispositions s'inscrit dans une sous-section 1 intitulée « sanction administrative ». Il est alors intéressant de remarquer que l'article L. 232-22 1° permet à l'Agence de prononcer une sanction « disciplinaire » à l'encontre d'une personne non-licenciée, dès lors que celle-ci participe ou organise des entraînements ou manifestations sportives au sens de l'article L. 232-5, I, 2° et 3° du même code. Parmi ces activités sont envisagées des manifestations détachées de tout lien avec les fédérations agréées ou autorisées⁶⁴⁸. On se trouve alors en présence d'une sanction « administrative » « disciplinaire » infligée à une personne en raison de son activité alors même que celle-ci n'aurait eu aucun lien avec l'administration ou un délégataire d'autorité publique. Dès lors, il semble nécessaire de faire preuve de prudence quant à la portée à accorder au qualificatif « disciplinaire » dans ce contexte, d'autant que le Conseil constitutionnel a considéré que l'agence française de lutte contre le dopage

⁶⁴⁵ On pourra d'ailleurs remarquer qu'en droit du travail, qui constitue un des domaines les plus importants d'application de droit disciplinaire, les sanctions pécuniaires disciplinaires sont interdites (C. trav. L. 1331-2). Cette remarque doit être nuancée. D'une part, tous les droits disciplinaires ne connaissent pas une règle aussi stricte et en droit du travail même certaines solutions tendent à laisser croire à un assouplissement du principe : J. Mouly, « Des sanctions disciplinaires pécuniaires pour des sportifs salariés ? », *Dr. soc.* 2012.940. D'autre part, la justification principalement avancée pour justifier de cette règle ne repose pas sur la distinction d'un ordre particulier par rapport à l'ordre juridique général, mais sur l'interdiction pour l'employeur de réduire unilatéralement la rémunération du salarié qui a acquis sur celle-ci un droit par son travail : J. Mouly, J. Savatier, « Droit disciplinaire », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2019 (actualisation nov. 2019), n° 174 et s.. Pourtant l'idée qu'« en droit du travail, la sanction d'une faute disciplinaire doit [...] frapper le salarié dans sa vie professionnelle, comme membre de l'entreprise, et non dans son patrimoine » reste vivace : J. Mouly, J. Savatier, « Droit disciplinaire », art. préc., n° 175. Sur la spécificité de la sanction disciplinaire en droit du travail par rapport aux sanctions civiles : M. Grévy, « La sanction civile en droit du travail », *Droit social* 2001.598.

⁶⁴⁶ Sur l'évolution récente de l'articulation entre l'AFLD et les différentes fédérations sportives, voir : R. Bouniol, « Lutte contre le dopage, les fédérations sportives n'ont plus de pouvoir disciplinaire », *D.* 2019.772.

⁶⁴⁷ S'il semble généralement admis que le qualificatif s'étend à l'ensemble des sanctions prononcées par l'Agence française de lutte contre le dopage, la rédaction du code n'apparaît toutefois pas totalement claire. En effet le qualificatif de disciplinaire est employé à l'article L. 232-22 du code, lequel concerne les destinataires possibles de ces sanctions, alors que les sanctions que l'Agence peut infliger sont énumérées à l'article L. 232-23. On peut alors remarquer qu'il est précisé, après l'article L. 232-23 I 1° e et 2° d que « la sanction prononcée peut-être complétée par une sanction pécuniaire », ce qui semble mettre la sanction pécuniaire sur un autre plan que les autres mesures susceptibles d'être prononcées.

⁶⁴⁸ Lorsque ces manifestations donnent lieu à une remise d'un prix, en argent ou en nature : L. 232-5, I 2° b.

doit respecter le principe d'impartialité⁶⁴⁹. Il faut, de façon plus générale, reconnaître que le législateur ne semble pas retenir une acception étroite du qualificatif « disciplinaire ». Ainsi, l'article L. 612-40, V du CMF, lequel s'insère au sein d'une section consacrée au pouvoir disciplinaire de l'ACPR, prévoit une sanction pécuniaire. Il faut alors reconnaître que le législateur ne se tient pas toujours au critère d'identification des sanctions disciplinaires ici proposé. Reste cependant qu'afin que la qualification de sanction disciplinaire entraîne un régime juridique unique et cohérent, il semble souhaitable qu'une plus grande rigueur soit suivie dans l'emploi de ce qualificatif⁶⁵⁰.

Pour ces raisons, il semble impossible de voir globalement dans l'amende civile une mesure disciplinaire⁶⁵¹.

§II – L'analyse des conditions du prononcé de l'amende civile.

145. L'exposé des analyses rejetées. L'amende civile présenterait, quant aux conditions de son prononcé, certains aspects qui la distinguent des sanctions pénales *stricto sensu* et la rapprochent d'autant de la responsabilité civile. Au premier rang de ces éléments semble figurer la faible gravité du comportement réprimé. L'idée selon laquelle l'amende civile serait la sanction de règles techniques détachées de toute

⁶⁴⁹ CC, Décision n° 2017-688 QPC, 2 févr. 2018 ; « Sport (sanction du dopage) : inconstitutionnalité du régime », *D.* 2018.297. Voir plus récemment : CC, Décision n° 2019-798 QPC, 26 juill. 2019, « Sport (lutte contre le dopage) : inconstitutionnalité de l'ancien régime », *D.* 2019.1543.

⁶⁵⁰ On peut de plus remarquer que, malgré le parallèle existant généralement entre les textes relatifs à l'ACPR et ceux relatifs à l'AMF, le terme « disciplinaire » n'apparaît ni au sein de l'article L. 621-15, lequel prévoit en son III les pouvoirs de sanction pécuniaire de l'AMF, ni dans l'intitulé de la section au sein de laquelle cet article s'insère, simplement intitulée « Sanctions ». Enfin, il convient de noter que, pour l'AMF comme l'ACPR, les textes distinguent des autres sanctions la sanction pécuniaire, laquelle peut être prononcée « soit à la place, soit en sus » de celles-ci.

⁶⁵¹ A. Peeters et I. Wattier, « La flexibilité de la sanction en droit disciplinaire de la police », *in La flexibilité des sanctions*, XXI^e Journées juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 270 et s., spéc. p. 273 selon qui « la sanction disciplinaire frappe l'agent dans les avantages qu'il retire de l'appartenance au groupe là où la sanction pénale le frappe dans son patrimoine ou sa liberté » ; J. Barthélemy, « La sanction professionnelle », *Justice et cassation*, 2005, p. 14 et s. Pour l'auteur le caractère, notamment pénal, ne se définit pas par la gravité du manquement puni non plus que par la sanction qui lui est attachée (ce qui pourrait être discuté concernant certaines mesures, notamment privatives de libertés. Cette présentation est néanmoins admissible si l'on considère, que ces mesures sont impossibles pour certains types de sanctions), mais par la spécificité du champ du comportement réprimé et de la sanction infligée.

dimension morale apparaît récurrente et nécessite qu'une attention particulière lui soit portée (A).

En outre, les amendes civiles étant couramment envisagées comme substitut aux dommages et intérêts punitifs, il est possible de prendre en considération certains éléments avancés pour justifier le champ d'intervention dans lequel ces éléments pourraient légitimement prendre place, et plus généralement pour dégager les spécificités des comportements réprimés par des peines privées. Une analyse de ces sanctions rattache leur caractère privé, au-delà de la question de l'attribution du produit des sanctions, aux caractéristiques des comportements sanctionnés. Par rapport aux comportements donnant lieu à des sanctions pénales, les comportements pouvant entraîner le prononcé de peines privées présenteraient deux séries de spécificités. D'une part, à la différence des peines au sens classique du terme, il est généralement admis que les peines privées sont liées à la commission de fautes civiles⁶⁵² (B). Cette dernière affirmation conduit alors à s'interroger sur la distinction des fautes civiles et pénales. D'autre part, les peines privées ne viendraient pas sanctionner des comportements portant atteinte à l'intérêt général, à un ordre public, mais protégeraient uniquement (ou principalement) des intérêts privés, justifiant ainsi l'attribution du produit de la sanction à la victime privée et devant pour certains auteurs conduire au monopole de la victime pour déclencher l'action⁶⁵³ (C).

A – La répression de comportements d'une gravité similaire à l'infraction pénale.

146. Des premiers cas d'amendes civiles, l'idée persiste que l'amende civile serait la sanction amoralisée de règles techniques (1), détachée de l'expression de toute réprobation sociale. L'observation de certains des principaux cas d'amende civile tend toutefois à contredire cette présentation (2).

1 – L'hypothèse de la neutralité morale de l'amende civile.

⁶⁵² Voir principalement : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspect de droit interne et international, op. cit.*, n° 23 et s. ; Plus généralement sur les liens entre faute et peine privée : L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain, op. cit.*, p. 23 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée, op. cit.*, n° 288 ; A. Jault, *La notion de peine privée, op. cit.*, n° 113 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 463.

⁶⁵³ A. Jault, *La notion de peine privée, Ibid.*

147. L'intérêt de la théorie. L'idée selon laquelle l'amende civile correspond à la sanction d'un comportement d'une moindre gravité que ceux que viennent réprimer les sanctions pénales classiques est ancienne⁶⁵⁴. Déjà, en 1924, René DEMOGUE exprimait l'idée selon laquelle « On voit [...] suivant les degrés de criminalité s'étayer les mesures répressives au-dessous de la peine publique normale, il y a déjà les amendes fiscales, puis les amendes civiles, qui s'éloignent déjà des peines proprement dites »⁶⁵⁵. Par plusieurs aspects cette présentation est séduisante, offrant à l'amende civile une base conceptuelle. Si le caractère civil de l'amende émerge de la gravité du comportement sanctionné, il devrait en ressortir une certaine cohérence dans le champ d'intervention de ce mécanisme. Il devrait également en résulter certaines conséquences quant à la gravité des amendes civiles. En effet, le principe de proportionnalité, lequel s'applique même hors du droit pénal entendu strictement à toute sanction ayant le caractère d'une punition⁶⁵⁶ exige que la gravité de la sanction encourue soit, même dans son maximum théorique⁶⁵⁷, en rapport avec celle du comportement envisagé⁶⁵⁸.

148. L'exposé de la théorie. Les amendes civiles ne viendraient alors pas sanctionner des comportements relevant d'une atteinte particulière aux valeurs fondamentales de la société mais davantage des manquements à des règles techniques ou d'organisation qui, répétés, peuvent entraîner certains troubles sociaux. De ce fait, l'amende civile ne serait pas porteuse d'une particulière réprobation morale et serait davantage dissuasive que punitive. Tel serait particulièrement le cas des amendes civiles édictées par le code éponyme à l'encontre de manquements matériels pouvant être commis par les officiers d'état civil⁶⁵⁹, et dans une certaine mesure des amendes prévues par le Code de commerce en cas de non-respect des obligations d'information des salariés dans le cadre d'une cession d'entreprise⁶⁶⁰. Cette distinction de l'amende civile de la sanction pénale s'inscrit dans un mouvement plus global prônant le

⁶⁵⁴ J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé, op. cit.*, n° 10.

⁶⁵⁵ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924, n° 511.

⁶⁵⁶ Cf *infra*, n° 548 et s..

⁶⁵⁷ M. Béhar-Touchais, « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », art. préc..

⁶⁵⁸ Quand bien même au stade du prononcé d'autres éléments peuvent être pris en compte, comme la situation patrimoniale du débiteur de l'amende ou le profit dégagé par son comportement.

⁶⁵⁹ C. civ., art. 50, 63, 76 et 101. Concernant les notaires, voir : C. com., art. R. 123-89.

⁶⁶⁰ C. com., art. L. 23-10-1, L. 23-10-7, L. 141-23,

recentrement du droit pénal sur la défense des valeurs essentielles de la société, lequel s'est notamment développé dans le cadre de la dépénalisation du droit des affaires. Il a en effet été reproché au droit pénal d'avoir étendu son emprise au-delà de son champ naturel, venant sanctionner des règles dont l'aspect technique les éloigne de la définition des valeurs fondamentales de la société qui serait au cœur de la responsabilité pénale⁶⁶¹, laquelle serait instrumentalisée au service des autres branches du droit lorsque celles-ci se révéleraient impuissantes à assurer leur propre efficacité⁶⁶². La prise en compte de normes extra-pénales par le droit pénal ne semble pas contestable lorsque celles-ci sont porteuses de valeurs sociales⁶⁶³. Elle serait en revanche illégitime lorsque, s'éloignant de la sanction des atteintes à l'ordre public, elle ne vise que l'efficacité de certaines règles techniques, parfois au détriment des principes du droit pénal⁶⁶⁴. Les sanctions civiles, et plus particulièrement ici les amendes civiles, pourraient alors apparaître comme une réponse adaptée à la violation de ces règles techniques dans la mesure où, si l'existence de sanctions semble nécessaire à l'effectivité des règles en cause, il paraîtrait en revanche inopportun de recourir à la charge symbolique et réprobatrice du droit pénal⁶⁶⁵.

2 – Une gravité similaire de l'amende civile à certaines sanctions pénales.

149. La dissociation de l'amende civile des mécanismes relevant de la responsabilité pénale en raison de la gravité des comportements que celle-ci réprime⁶⁶⁶, pour être séduisante, soulève pourtant certaines difficultés. Si le montant théorique

⁶⁶¹ A. Demichel, « Le droit pénal marche en arrière », *D.* 1995.213 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 146 ; Y. Muller, « La dépénalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », *art. préc.* ; D. Rebut, « Justice pénale et justice civile, évolution, instrumentalisation et effets pervers ... », *art. préc.* ; F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003.25, spéc. p. 26. C. Mandon, « Faut-il repenser la peine ? La peine, entre dilution et dispersion », *art. préc.*. Pour une présentation générale, *cf. infra*, n° 336 et s..

⁶⁶² Cette idée rejoint la présentation de ROUSSEAU selon laquelle les lois criminelles « sont moins une espèce particulière de loi, que la sanction de toutes les autres » (J.-J. Rousseau, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, M.-M. Rey, Amsterdam, 1762, p. 119). On peut alors parler de droit pénal sanctionnateur : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 632 et 633.

⁶⁶³ *Ibid.* ; A. Bénabent, « Pénalisation, commercialisation et ... droit civil », *Pouvoirs* 2003/4, n° 107, p. 54 et s., spéc. p. 58.

⁶⁶⁴ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *ibid.* ; C. Zolinsky, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *RCA* 2013/5, dossier 31, n° 10 et 11.

⁶⁶⁵ G. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, *op. cit.*, n° 261 ; Voir dans le même sens R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.*, n° 511. L'auteur justifie le recours aux amendes civiles (et aux peines privées) « dans des cas où la peine publique aurait quelque chose de choquant ».

⁶⁶⁶ *Cf supra*, n° 147.

maximum d'une sanction présentant le caractère d'une punition doit être proportionné à la gravité du comportement visé, il n'est tout d'abord pas évident que le *quantum* de ces amendes traduise la répression d'un comportement particulièrement bénin⁶⁶⁷. Même sans considérer les cas modernes d'amende civile dont l'importance des montants pourrait s'expliquer par leur rôle de substitut aux dommages et intérêts punitifs – ces sanctions devant dès lors se révéler efficaces face à une importante variété de comportements ainsi que face à des pratiques potentiellement lucratives – les *quanta* des amendes civiles sont loin d'être tous négligeables. Certes, certaines amendes civiles anciennes sont aujourd'hui d'un montant relativement dérisoire. Ainsi en est-il des amendes édictées par les articles 50, 63, 76 et 101 du Code civil qui, fixées à un montant maximum de 30 euros, sont inférieures aux amendes sanctionnant les contraventions de première classe^{668 669}. Pourtant, la majorité des amendes civiles, même classiques, sont édictées à un montant relativement important. Ainsi, les amendes du Code de procédure civile étaient, jusqu'à l'entrée en vigueur du décret du 6 mai 2017⁶⁷⁰ toutes fixées à un montant maximum de 3 000 euros, déjà supérieur au maximum, en l'absence de récidive, des contraventions de 5^e classe. Celles-ci, ainsi que d'autres amendes de procédure⁶⁷¹, d'amendes sanctionnant l'inobservation de devoirs civiques ou de non-respect d'ordres adressés par le juge⁶⁷² ont depuis vu porter leur maximum à 10 000 euros, excédant de ce fait nettement le taux minimal des amendes délictuelles qui est de 3 750 euros⁶⁷³. Le montant des amendes civiles est ainsi loin de refléter une gravité minime. Concernant ces amendes, qui correspondent aux figures classiques de l'amende civile, l'objectif dissuasif de ces sanctions ne saurait

⁶⁶⁷ On pourra éventuellement ici dénoncer une inversion logique, déduisant la gravité d'un comportement de sa sanction là où le raisonnement devrait être inverse. Il sera néanmoins objecté que la gravité des fautes est largement contingente et relative, la gradation des valeurs ne pouvant être perçue qu'à travers la gradation des sanctions. Cette logique se retrouve en droit pénal. Alors même que le nouveau Code pénal organise la classification des infractions en fonction de la gravité des comportements, il est largement admis que celle-ci demeure en pratique intimement liée à la gradation des peines.

⁶⁶⁸ CP, art. 131-13 1^o.

⁶⁶⁹ Le montant de ces amendes n'a pourtant, semble-t-il, pas toujours été dérisoire. Le Code civil de 1804 avait en effet fixé à 100 francs l'amende édictée par l'article 50. Or, quelques années plus tard, le Code d'instruction criminelle en ses articles 137 et 179, puis le Code pénal en son article 466 fixèrent à 15 francs le montant maximum des amendes de simple police, et consécutivement au même montant celui à partir duquel commençaient les amendes correctionnelles. Au début du XIX^{ème} siècle, le montant de cette amende correspondait ainsi à celui d'une peine correctionnelle et non contraventionnelle.

⁶⁷⁰ Décret n° 2017-892, préc., art. 67 ; H. Croze et R. Laffly, « Dispositions de procédure civile générale du décret n° 2017-892 », *JCP G* 2017, 600.

⁶⁷¹ C. Trav., art. R. 3252-25 ; CPCE, art. R. 121-22 et R. 213-8.

⁶⁷² Les articles 1180-19 et 1216 du Code de procédure civile déterminent les montants respectifs des amendes civiles édictées par le Code civil aux articles 387-6 d'une part et 411-1 et 417 d'autre part contre les personnes qui, en charge de majeurs protégés ou de mineurs, manquent à leurs obligations. Voir également les articles R. 483-14 du Code de commerce et R. 775-15 du Code de la justice administrative.

⁶⁷³ CPP, art. 381. Sur les difficultés que soulève ce montant sur la compétence pour édicter les amendes civiles : *cf infra*, n° 621 et s..

totale­ment écar­ter ce constat. Ces amendes ne sanctionnant ni des comporte­ments *a priori* lucratifs, ni spé­cia­le­ment imprévisibles, leur dimension dissua­sive ne saurait justifier en elle-même l’adoption de sanctions d’un montant rela­tive­ment important. Un tel raisonnement pourrait autrement justifier que n’importe quelle incrimination, même sanctionnant un comporte­ment d’une gravité minime, soit assortie d’une sanction importante. Or, les fonctions des peines, et plus large­ment des sanctions pré­sen­tant une dimension punitive marquée, ne sauraient être séparées hermétique­ment les unes des autres⁶⁷⁴. En effet, hors du cas de comporte­ments pré­sen­tant un rapport à la dissua­sion particu­lier, telles les fautes lucratives, la nécessité de dissua­der une conduite est liée à la nocivité de celle-ci et ne saurait dès lors être détachée de toute considération quant à sa gravité.

150. L’exigence variable d’une culpabilité morale, l’exemple des amendes de procédure. De plus, les comporte­ments sanctionnés par des amendes civiles ne semblent pas se détacher nécessaire­ment de toute idée de culpabilité⁶⁷⁵. Selon certaines pré­sen­tations, l’amende civile serait dédiée à la sanction de formalités⁶⁷⁶, décou­lant dès lors de manque­ments purement objectifs, détachés de toute culpabilité subjective⁶⁷⁷, se rapprochant en cela des contraventions et du degré minimal de culpabilité que connaît le droit pénal⁶⁷⁸. Il semble pourtant erroné de considérer que les amendes civiles viennent sanctionner des comporte­ments nécessaire­ment neutres morale­ment. Certes,

⁶⁷⁴ M. Van de Kerchove, « Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie », art. préc., n° 7.

⁶⁷⁵ Voir implicite­ment en ce sens : M.-E. Boursier, « La mondialisation du droit pénal économique », *RSC* 2017.465 : « La sanction pénale est souvent supplantée par des sanctions civiles et administratives pour réprimer des comporte­ments nuisibles, mais jugés, *du moins à l’origine, moins attentatoires aux valeurs traditionnelle­ment protégées par le droit pénal* (Nous soulignons), ou encore trop techniques pour relever de la compétence du juge pénal »

⁶⁷⁶ Voir par exemple : J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 672.

⁶⁷⁷ Il n’est pourtant pas certain que les amendes civiles sanctionnant les manque­ments à des formalités, telles les amendes applicables aux officiers d’état civil, aux notaires ou plus récemment celles édictées par le code de commerce en matière d’information des salariés dans le cadre d’une cession d’entreprise, ne traduisent aucune culpabilité. Il y a une réelle négligence, même en l’absence d’intention, à ne pas respecter des devoirs que ses fonctions imposaient. Il est d’ailleurs intéressant de souligner que certaines infractions strictement pénales sont liées au respect de telles formalités. Voir par exemple : CP, art. 321-7 (La peine étant délictuelle, l’article précise que l’infraction peut être commise par négligence). La dimension strictement pénale de cet article s’explique certes en ce que cette formalité vise à prévenir les risques de commission d’autres infractions. Par ailleurs, il doit être interprété à la lumière de l’article 121-3, al. 3 du Code pénal qui ne prend en compte la négligence que dans la mesure où « l’auteur des faits n’a pas accompli les diligences normales compte tenu [...] de la nature de ses missions ou de ses fonctions ». Elle nous semble pourtant témoigner de ce que le seul fait que l’élément matériel d’une infraction consiste en l’absence de respect, serait-ce par négligence, d’une formalité n’implique pas l’absence de culpabilité de son auteur. Voir par exemple, sur le recul de l’élément moral en droit pénal : X. Pin, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *RPDP* 2011/1, p. 83 et s., n° 11 et s.

⁶⁷⁸ Une présentation similaire a été avancée en droit allemand pour distinguer l’amende administrative des sanctions pénales : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l’Homme*, *op. cit.*, p. 326.

à la différence des crimes et des délits⁶⁷⁹, aucun texte n'érige par principe l'intention, et plus largement un élément moral, en élément constitutif des comportements sanctionnés par des amendes civiles. Néanmoins les textes « d'incrimination » de certaines amendes civiles sont nécessairement porteurs de cet élément. Il semble sur ce point particulièrement intéressant de s'attarder sur les amendes civiles sanctionnant l'exercice abusif ou dilatoire d'une voie de droit ou l'adoption de semblable conduite au sein d'une instance⁶⁸⁰, ne serait-ce que parce que ces amendes représentent environ la moitié des cas actuels d'amende civile. Si l'on considère le comportement visé par ces amendes, il peut s'agir d'un comportement dilatoire ou abusif⁶⁸¹.

151. Les manœuvres dilatoires⁶⁸². La dimension intentionnelle des manœuvres dilatoires est évidente et ressort de la définition même d'un tel comportement⁶⁸³. Au sens des articles sanctionnant d'une amende civile le comportement dilatoire, celui-ci constitue un « comportement habile mais non toujours illicite en soi qui tend à retarder le cours de la justice ou l'aboutissement d'une

⁶⁷⁹ CP, art. 121-3. Voir sur cette question : R. Dosière, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, Assemblée nationale, n° 2266, 22 mars 2000, p. 10 et s..

⁶⁸⁰ CPC, art. 32-1, 559, 581, 628 ; CPCE, art. R. 121-22 (En cas de demande de sursis à exécution manifestement abusive), R. 213-8 (Usage de mauvaise foi de la part d'un créancier d'aliment de la procédure de paiement direct), CPP, art. 177-2, 212-2, 392-1 ; C. Trav., art. R. 1235-9 et R. 1235-13 (Demande dilatoire ou abusive de rétractation d'une décision de remboursement des indemnités de chômage.) ; CPI, art. L. 613-25 et L. 614-12 (Partie qui au cours d'une même instance en nullité d'un brevet ou d'un brevet européen opère plusieurs limitations abusives ou dilatoires de celui-ci.) ; C. just. adm., art. L. 77-10-14 ; Loi n° 2016-1547, préc., art. 73. Voir également l'article 7 du décret n° 2011-945 du 10 août 2011 relatif aux procédures de résiliation des baux d'habitation et de reprise des lieux en cas d'abandon qui renvoie expressément à l'article 32-1 du Code de procédure civile. Sur la différence de finalité entre les dommages et intérêts et l'amende civile prévus par l'article 32-1 du Code de procédure civile : Com., 17 mai 2017, n° 15-29.203. Voir cependant, sur l'impossibilité pour une cour d'appel de se contredire dans l'appréciation de l'abus entre la demande de dommages et intérêts et le prononcé de l'amende civile : Civ. 3^{ème}, 19 mai 2015, n° 14-11.671 ; Civ. 2^{ème}, 28 janv. 2016, n° 14-20.726 : « Attendu que pour condamner les emprunteurs au paiement d'une amende civile à raison de leur demande de sursis à statuer, l'arrêt retient que cette demande est sans objet, la Cour de cassation ayant statué antérieurement à leurs conclusions d'appel ; Qu'en statuant ainsi, alors qu'elle avait retenu, pour rejeter la demande de dommages-intérêts pour procédure abusive formée par les intimées que les emprunteurs avaient pu légitimement croire au bien-fondé de leur action en garantie, la cour d'appel, qui a statué par des motifs contradictoires et impropres à caractériser l'abus dans l'exercice du droit d'agir en justice, n'a pas donné de base légale à sa décision ».

⁶⁸¹ Sur l'idée que les amendes civiles de procédure sont des mesures de « police juridique » : N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 179 et s., spéc. n° 183. Les conséquences que semble tirer l'auteur de cette qualification sont excessives. Ainsi, s'appuyant sur l'arrêt du 5 juillet 1985 du Conseil d'État précité, il considère que « La dissuasion des abus du droit d'agir n'est donc pas soumise au principe de la légalité des incriminations », alors même que dans cette décision le Conseil d'État affirme expressément : « que l'indemnité (c'est ainsi que le Conseil d'État qualifiait l'amende civile dont la légalité lui était soumise) ne peut, toutefois, comme l'amende, présenter ce caractère que si elle est, comme celle-ci, fixée ou limitée dans son montant par le règlement qui l'institue ». La notion de « police juridique » ne nous semble plus largement pas à même d'éclairer sur les difficultés du régime des amendes civiles. Sur la question de la saisine d'office expressément mentionnée par l'auteur : *Cf. infra*, n° 694.

⁶⁸² Sur les liens entre manœuvres abusives et dilatoires voir : E. Blary-Clément, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », art. préc., n° 16 et s..

⁶⁸³ J. Viatte, *L'amende civile pour l'abus de faculté d'agir en justice*, art. préc. : « Le mot "dilatoire" est dépourvu d'ambiguïté. Agir de manière dilatoire c'est pour le plaideur essayer d'obtenir des délais en saisissant le juge de prétentions dénuées de fondement ».

opération en soulevant des incidents en général mal fondés et en exploitant toutes les manœuvres, procédés dilatoires »⁶⁸⁴. Il en résulte que l'exercice d'une voie de droit de façon dilatoire ou l'adoption d'une attitude dilatoire dans le cadre d'une instance sera nécessairement non seulement volontaire mais plus encore intentionnel⁶⁸⁵.

152. Les comportements abusifs. L'intention est en revanche moins intrinsèquement liée aux comportements abusifs. L'abus de droit⁶⁸⁶ a fait l'objet d'approches distinctes qui se retrouvent en cette matière⁶⁸⁷. À s'en tenir aux approches les plus courantes, la conception de l'abus de droit peut être double. Dans une approche purement subjective, il est constitué lorsque le droit est exercé sans intérêt pour son titulaire à seule fin de nuire à autrui⁶⁸⁸. Dans un tel cas, l'élément intentionnel du comportement ne soulève pas de difficulté. Cet élément est nettement plus incertain lorsque, retenant une approche moins subjective de l'abus de droit, celui-ci est caractérisé par l'utilisation du droit contrairement à sa finalité sociale⁶⁸⁹. Ce critère, ainsi que le souligne Monsieur Philippe STOFFEL-MUNCK, renvoie dans une large

⁶⁸⁴ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Dilatoire », 2^e sens. La seule durée de la procédure ne saurait toutefois caractériser son caractère dilatoire : Civ. 2^{ème}, 25 oct. 2006, n° 05-10.507.

⁶⁸⁵ Civ. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-19.599 : « la dissimulation de sa véritable adresse [...] était volontaire et significative du caractère dilatoire de son recours ayant pour seul objet de retarder le paiement de la créance du syndicat des copropriétaires » (Nous soulignons). Sur la spécificité des manœuvres dilatoires par rapport aux comportements abusifs : Y. Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, chron. IV. Constitue par exemple un exercice dilatoire de l'appel le fait d'interjeter appel d'une décision non-assortie de l'exécution provisoire, sans produire de pièces au soutien de cette demande, afin d'obtenir un « délai de grâce » : Versailles, 20 mars 1998, n° 1995-10104. Voir également : Civ. 3^{ème}, 12 déc. 2012, n° 11-10.180.

⁶⁸⁶ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 147 : Si la nature de l'action en justice est sujet à débats, du point de vue de l'abus, les textes la considèrent comme un droit.

⁶⁸⁷ N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 174 et s. ; M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *GP*, 2007/144, p. 6 et s. ; J.-M. Roux, « Le copropriétaire procédurier ou l'abus du droit d'agir en justice en copropriété », *Loyers et copropriété*, 2008/2, n° 6.

⁶⁸⁸ G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, Coll. « Anthologie du Droit », reprise de la 4^e éd., 2014, n° 90 et s., spéc. n° 93. L'auteur commence par démontrer que si l'abus de droit désigne l'ensemble des situations dans lesquelles une personne peut voir sa responsabilité engagée alors même qu'elle semble exercer un droit la notion en devient vide de sens. Il propose alors une définition plus stricte et technique de l'abus de droit. Sur l'absence de limitation à l'intention de nuire, voir par exemple : C. Robaczewski, « Responsabilité civile du fait d'une dénonciation téméraire », *D.* 2006.2780.

⁶⁸⁹ L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939, 2^e édition, rééditée en 2006, n° 292 ; J. Charmont, « L'abus de droit », *RTD. civ.* 1902.113, spéc. p. 123 : « Ainsi l'acte intentionnellement dommageable est un abus du droit, non pas à raison de l'intention qui l'inspire, mais par lui-même, parce qu'il constitue objectivement un fait anormal, excessif : il aurait le même caractère si l'auteur avait agi sans malveillance et n'avait été qu'imprudent ». L'auteur nuance cependant en s'interrogeant sur la possibilité de caractériser un abus sans se préoccuper de l'intention.

mesure à la substance du droit⁶⁹⁰ et conduit à juger non l'attitude du titulaire mais la force de ses droits^{691 692}.

153. Plus spécifiquement, au sujet de l'abus du droit d'agir en justice, toute dimension morale ne saurait être écartée. De ce que l'action en justice constitue une « prérogative essentielle pour la défense des droits »⁶⁹³ l'abus en cette matière doit être considéré restrictivement⁶⁹⁴. Ainsi, antérieurement déjà à l'instauration de l'amende de l'article 32-1 du Code de procédure civile, la Cour de cassation retenait-elle une conception particulièrement stricte de l'abus du droit d'agir en justice principalement centrée sur l'intention de nuire du titulaire du droit⁶⁹⁵. Ce critère demeure déterminant

⁶⁹⁰ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LDGJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 337, Paris, 2000.

⁶⁹¹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, op. cit.*, n° 10.

⁶⁹² La présentation de JOSSERAND présente toutefois une certaine ambivalence. Il considérait ainsi que l'abus, s'il était objectif dans son critère, à savoir le non-respect de la fonction sociale assignée au droit, était subjectif dans sa caractérisation, supposant de se pencher soit sur la question du pourquoi de l'action du titulaire du droit, soit sur celle du comment, écrivant dès lors que « la théorie de l'abus prend elle-même un sens, sinon intentionnel, du moins subjectif » (L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, op. cit.*, n° 303). JOSSERAND, de la même façon que CHARMONT (préc.) considère que l'abus peut résulter hors de toute intention de l'exercice du droit dans une direction objectivement contraire à sa finalité sociale. Alors deux approches peuvent être retenues. Soit la réalisation de certaines conséquences à la suite de l'exercice du droit fait présumer une intention illégitime du titulaire, ce qui renvoie alors à une conception subjective de l'abus. Soit, et c'est sans doute le sens à attribuer aux développements de JOSSERAND, l'abus peut résulter d'un comportement considéré objectivement. On ne peut alors que s'interroger sur la cohérence de cette affirmation avec la distinction qu'opère par ailleurs l'auteur entre acte illicite, abusif et excessif (L. Jossierand, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits, op. cit.*, n° 26). En effet dès lors que l'abus résulte du comportement considéré objectivement, la distinction de l'abus du comportement opéré hors du droit (illicite) ou en excès de celui-ci (excessif) devient (trop) subtile. Dès lors que l'abus est considéré objectivement on ne peut que songer à la présentation de PLANIOL selon laquelle le droit cesse là où commence l'abus. En effet le dépassement de cette critique par JOSSERAND n'était fait qu'au prix d'une distinction entre droit objectif et subjectif, l'abus consistant en une utilisation dans les limites matérielles du droit subjectif mais contraire au droit objectif (cette présentation peut elle-même laisser incertain, le droit subjectif devant être reconnu par le droit objectif). Si l'abus résulte de la matérialité du comportement cette position semble difficilement tenable. Cette apparente contradiction renvoie sans doute à la tension que relève M. STOFFEL-MUNCK entre deux conceptions possibles de l'abus au sein même de l'œuvre de JOSSERAND, compris à la fois comme faute du titulaire du droit mais également comme touchant à la substance du droit (Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, op. cit.*, note n° 88), ce qui rejoint alors l'approche de PLANIOL.

⁶⁹³ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 146 et s. ; J.-E. Callon, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA* 2000/62, p. 4 et s.. Sur le caractère fondamental du droit d'action en justice : M. Bandrac, « L'action en justice droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?, mélanges en l'honneur de R. P. Dalloz*, Paris, 1996, p. 1 et s..

⁶⁹⁴ Voir par exemple Y. Desdevises, actualisé par O. Staes, « Fasc. 500-60 : Action en justice, généralités », in *J.-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, 5 nov. 2019, n° 61 et s.. On peut alors s'interroger sur la distinction entre l'abus et l'abus manifeste, par exemple visé à l'article R. 121-22 du Code des procédures civiles d'exécution.

⁶⁹⁵ Par exemple Soc., 16 janv. 1960, Bull. cass. IV n° 643 p. 500 : « l'exercice d'une action en justice ne dégénère en faute pouvant donner lieu à des dommages-intérêts que s'il constitue un acte de malice ou de mauvaise foi ou au moins une erreur grossière équipollente au dol » ; J. Viatte, *L'amende civile pour l'abus de faculté d'agir en justice*, art. préc. ; Civ., 7 mai 1924, note J. Brethe de la Gressaye, S. 1925.I.217 ; pour un rappel récent de l'appréciation stricte de l'abus de droit d'agir en justice, voir par exemple : Civ. 1^{re}, 3 mars 2009, n° 07-19.577 ; Soc., 10 mars 2016, n° 15-18.268 ; Civ. 2^{ème}, 11 janv. 2018, n° 16-26.168, *D.* 2018.121. Voir également Lyon, 10 mai 2011, n° 09/07861 : « La cour n'y voit ni malice ni volonté de nuire ouvrant droit à application d'une amende civile ». On peut par ailleurs souligner qu'en droit belge, lequel connaît une amende civile semblable, il a été proposé de retenir une conception plus stricte de la faute pour condamner au paiement de l'amende que pour la mise en jeu de la responsabilité civile : G. Cosset Marchal, « La flexibilité des sanctions en droit judiciaire privé », in *La flexibilité des sanctions*, XXI^e Journées juridiques J. Dabin, *op. cit.*, p. 397. Voir plus généralement les

pour qualifier l'abus, mais il n'est pourtant pas exclusif⁶⁹⁶. Une telle approche semble en effet trop restrictive pour assurer une « moralisation » de l'action et pour organiser un juste équilibre entre la nécessité d'un fonctionnement efficace du service de la Justice⁶⁹⁷ et l'importance d'une admission large de l'action pour garantir la protection des intérêts privés. De ce fait, la jurisprudence retient parfois une conception plus souple de l'abus que la seule intention de nuire, notamment en cas de légèreté blâmable⁶⁹⁸. Or, si lorsque l'abus est constitué par l'intention de nuire du titulaire de l'action, la proximité avec la culpabilité pénale est frappante⁶⁹⁹, celle-ci est plus

jurisprudences citées : Y. Desdevises, actualisé par O. Staes, « Fasc. 500-60 : Action en justice, généralités », art. préc., n° 62 et s.. La Cour de cassation s'est parfois contentée de la nécessaire connaissance qu'avait le demandeur du caractère erroné des moyens soutenus : Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 05-12.008 ; Civ. 2^{ème}, 1 déc. 2005, n° 04-13.159 ; Civ. 2^{ème}, 20 oct. 2005, n° 04-13.158 ; Civ. 2^{ème}, 13 oct. 2005, n° 03-19.433, 03-19.434 et 03-19.435 ; Com., 22 janv. 2002, n° 99-15.926. Une telle solution s'explique sans doute par la difficulté à prouver l'intention de nuire. Outre le caractère abusif de la procédure, un tel constat peut sans doute légitimement conduire à prouver son caractère dilatoire : Com., 9 nov. 2004, n° 03-12.920. Voir en matière pénale : Crim., 5 sept. 2018, n° 17-84.980. Alors que la chambre criminelle semble procéder à un contrôle lourd de la motivation conduisant au prononcé d'une amende civile, certains auteurs ont remarqué que les éléments dont elle paraît se contenter semblent relativement légers : A. Maron, M. Haas, « L'amende (pénale) est plus contagieuse que la grippe », *Dr. pén.* 2018, comm. 201.

⁶⁹⁶ Sur le détournement de la fonction sociale du droit : M. Attal, « Les fondements multiples de la notion d'abus de droit d'agir en justice », *Dr. et pat.* 2017/269. N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 177 et s.. Voir toutefois L. Cadiet, « Sanction et procès civil », art. préc., p. 125, et s.. La nécessité de ne pas limiter l'accès à la justice, si bien qu'à quelques exceptions près ce sont des fautes d'une gravité certaine qui sont sanctionnées. Voir par exemple, pour un détournement des voies d'exécution pour obtenir le paiement d'autres créances que celles que la procédure devait seules viser : Civ. 2^{ème}, 20 avr. 2017, n° 16-15.936, Ch. Laporte, « Pouvoirs du juge », *Procédures* 2017, comm. 125. Voir également, concernant l'instrumentalisation à des fins politiques d'une procédure judiciaire : Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 04-18.392.

⁶⁹⁷ À ce titre, il a été notamment envisagé de faire de l'amende civile la sanction des comportements procéduraux contradictoires : G. Sansone, *Les sanctions en procédure civile, op. cit.*, n° 162.

⁶⁹⁸ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, loc. cit.* ; M.-R. Renard, *L'abus du droit d'agir en justice*, art. préc.. La Cour de cassation a admis le prononcé d'une amende civile à l'encontre d'une avocate qui « avait oublié de tenir compte des sommes qu'elle avait d'ores et déjà obtenues de son client, avait méconnu les principes de bon sens, de modération et de déontologie, et avait tenu à soutenir devant lui des arguments difficilement acceptables au soutien de prétentions évidemment démesurées » : Civ., 2^{ème}, 7 oct. 2010, n° 09-69.756 ; Soc., 29 oct. 2008, n° 06-42.170. Concernant les juges du fond, voir par exemple : Bastia, 2 déc. 2015, n° 14/01004 : « L'appréciation inexacte qu'a fait M. A... des complexités de la procédure et de ses droits n'est pas en soi constitutive d'une faute, et il n'est pas établi que ses actions en justice aient été engagées par malice ou mauvaise foi ou même légèreté blâmable ». Il semble généralement admis que l'abus est plus facilement caractérisé dans l'exercice des voies de recours : Y. Desdevises, actualisé par O. Staes, « Fasc. 500-60 : Action en justice, généralités », art. préc., n° 71. Voir par exemple : Civ. 2^{ème}, 5 mai 1978, n° 76-14.728. Voir également : F. Ferrand, « Appel », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018 (actualisation févr. 2020), n° 727. L'auteur souligne que la Cour de cassation a affirmé qu'il n'était exigé ni mauvaise foi, ni dol pour caractériser un abus au sens de l'article 559 du Code de procédure civile : Civ. 1^{re}, 26 avr. 1978, n° 76-14.421 ; Com., 8 mars 1988, n° 85-18.177. Voir, concernant la requête en rectification d'erreur matérielle d'un jugement : Civ. 2^{ème}, 8 févr. 2007, n° 06-10.661. Voir toutefois : Soc., 27 oct. 2009, n° 08-40.875 ; Com., 30 juin 2009, n° 08-16.823 ; Civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, n° 06-13.645 ; Civ. 2^{ème}, 14 oct. 2004, n° 02-21.096 ; Civ. 2^{ème}, 6 mars 2003, n° 01-00.507. La Cour de cassation semble cependant revenir à une conception plus stricte en la matière. Voir ainsi, outre les jurisprudences citées en note de bas de page n° 695 : Civ. 2^{ème}, 27 juin 2019, n° 18-15.879 ; Civ. 2^{ème}, 27 sept. 2018, n° 17-22.344 ; Civ. 2^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-23.438 ; Soc., 12 déc. 2013, n° 12-20.575 ; Civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n° 11-18.211. La Cour a notamment affirmé que l'appel exercé « contre un jugement parfaitement motivé, sans apporter à son soutien aucune pièce ni développer aucun moyen de nature à permettre son infirmation » ne suffit pas à caractériser un abus du droit d'agir en justice : Civ. 1^{re}, 11 janv. 2017, n° 15-24.967. Une telle affirmation semble manifestement plus exigeante que l'affirmation antérieure, par la même chambre, selon laquelle l'infliction d'une amende civile pour procédure abusive à celui qui « avait initié une nouvelle procédure dans des conditions aventureuses, sans établir de fait nouveau justifiant la modification de la précédente décision » est justifiée : Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, n° 14-14.691.

⁶⁹⁹ Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie, op. cit.*, n° 47 à 50 : L'auteur insiste sur le rapprochement entre l'abus par intention de nuire et la faute pénale.

discutable lorsque l'abus résulte de la légèreté de son auteur, de l'imprudence de celui-ci. Certes, les délits, contrairement aux crimes, peuvent résulter d'infractions non-intentionnelles, et notamment d'imprudences⁷⁰⁰, mais ces infractions concernent alors des valeurs d'une particulière importance telles la vie ou l'intégrité corporelle d'un tiers⁷⁰¹ voire les intérêts fondamentaux de la nation ou de l'autorité de l'État⁷⁰². Si l'indifférence à une règle sociale que traduit l'imprudence⁷⁰³ traduit bien la culpabilité de l'agent, cette culpabilité est sans doute fonction de l'importance des valeurs défendues par la règle violée. Or, cette importance est éminemment plus grande dans les cas envisagés par le Code pénal que pour l'abus du droit d'agir en justice, révélant une différence de culpabilité qu'il ne s'agit pas ici de nier⁷⁰⁴. Toutefois, si cette culpabilité est moindre, elle n'est pas inexistante, si bien qu'il ne paraît pas possible de considérer que l'amende de procédure civile puisse être amoralisée, nécessitant toujours une faute caractérisée qui conduit à retenir en cette matière une conception subjective de l'abus de droit⁷⁰⁵. De façon plus générale, les cas dans lesquels sont aujourd'hui prévus des amendes civiles semblent difficilement détachables de toute culpabilité, révélant une négligence⁷⁰⁶, une déloyauté⁷⁰⁷ voire une volonté active⁷⁰⁸. On ne peut par ailleurs que remarquer que l'amende civile prévue par l'avant-projet fait expressément référence à l'attitude morale de l'agent⁷⁰⁹. Cet aspect est toutefois nettement moins théorisé et systématisé concernant l'amende civile qu'en droit pénal

⁷⁰⁰ CP, art. 121-3, al. 3 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, PUF, Paris, 6^e éd., 2018, n° 232 et s.. Sur les difficultés soulevées par les cas de répression pénales en l'absence de toute culpabilité subjective de l'individu, notamment pour les contraventions de 5^{ème} classe : A. Legal, « La responsabilité sans faute », in *Mélanges en l'honneur de M. Patin*, Cujas, Paris, 1966, p. 129 et s., spéc. p. 131 et s..

⁷⁰¹ CP, art. 221-6 et s. et art. 222-19 et s.

⁷⁰² F. Desportes, F. Le Guehec, *Droit pénal général*, Economica, Paris, 2008, 15^e éd., n° 485 et 486.

⁷⁰³ V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de Ph. Conte, soutenue le 19 janvier 1999, n° 465.

⁷⁰⁴ Voir sur cette idée : A. Demichel, « Le droit pénal marche en arrière », art. préc., II-A.

⁷⁰⁵ Y. Desdevises, actualisé par O. Staes, « Action en justice, généralité », art. préc., n° 64. Tel est également le cas lorsque l'action est jugée abusive alors même que les juges de première instance avaient fait droit à la demande. Sur cette hypothèse, voir notamment : Y. Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », art. préc. ; Civ. 2^{ème}, 25 sept. 2014, n° 13-15.597, Ph. Théry, « Abus du droit d'agir en justice », *RTD civ.* 2014.942. Voir antérieurement : Com., 15 nov. 1994, n° 93-12.153. Voir également les jurisprudences citées par N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 177 et 178. Il est en revanche constant que « celui qui triomphe, même partiellement, dans son action, ne peut être condamné à des dommages-intérêts pour abus de son droit d'agir en justice ». Voir par exemple : Soc., 30 janv. 2019, n° 17-27.240 et 17-27.250. Il ne pourrait en être autrement qu'en raison de « circonstances particulières qu'il appartient au juge de spécifier » : Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2015, n° 14-24.280. Voir par exemple : Soc., 3 mai 1995, n° 93-43.325.

⁷⁰⁶ Concernant les sanctions d'obligations formelles dans le cadre de certaines fonctions cf. *supra*, note n° 329.

⁷⁰⁷ La majorité des cas susceptibles de l'amende prévue à l'article L. 442-6 III du Code de commerce, devenu L. 442-4 I, relève de cette hypothèse même si certains peuvent traduire une négligence. Ainsi de la rupture brutale des relations commerciales visée à l'article L. 442-6 I 5° du même code, devenu L. 442-1 II.

⁷⁰⁸ CCH, art. L. 651-7, al. 2 : « Quiconque fait *volontairement* (nous soulignons) obstacle [...] à la mission des agents du service municipal du logement, est passible de l'amende civile prévue à l'article L. 651-4 ». Voir également depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme de la justice : C. civ., art. 373-2-6 : « lorsqu'un parent fait *délibérément* (nous soulignons) obstacle ».

⁷⁰⁹ Cf. *infra*, note n° 2374.

ce qui oblige à rechercher dans le texte « d’incrimination » ce qui a trait à la volonté ou à l’absence de volonté de l’auteur du comportement⁷¹⁰.

B – La nature de la faute sanctionnée.

154. La justification du caractère civil de l’amende éponyme résulterait, dans cette hypothèse, de son fait générateur : une faute civile. La démonstration d’un lien nécessaire entre amende et faute civiles pourrait, dans la mesure où la nature civile de la faute serait clairement établie, fournir un argument tangible de rattachement de l’amende civile à cette branche du droit (1). Une telle approche ne résiste pourtant pas à l’analyse (2).

1 – La sanction punitive d’une faute civile.

155. Les incertitudes concernant la définition de la faute civile. La définition de la faute civile fait partie des questions les plus controversées du droit de la responsabilité civile⁷¹¹. Succinctement, la faute en matière civile se limite désormais à un aspect objectif⁷¹², celui-ci étant généralement entendu comme le manquement par un individu à un devoir juridique préexistant⁷¹³, une illicéité⁷¹⁴. Concernant plus spécifiquement la distinction de la faute civile et de la faute pénale, celle-ci a fait l’objet d’interrogations anciennes⁷¹⁵. De façon logique, c’est à travers un cas limite, celui des

⁷¹⁰ Cette nécessité n’est pas sans rappeler la situation du droit pénal antérieurement à la réforme du Code pénal (Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 233), à cette différence toutefois que l’élément moral de l’infraction était généralement clairement identifié.

⁷¹¹ Pour un panorama, certes un peu ancien mais néanmoins éclairant : A. Rabut, *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, Paris, 1949, Appendice p. 199.

⁷¹² Cf *infra*, n° 372.

⁷¹³ A. Rabut, *De la notion de faute en droit privé*, *op. cit.*, n° 13. L’auteur reprend la célèbre définition de Planiol (M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, Paris, 1923, 9^e éd., n° 863) en substituant l’expression « devoir juridique » au terme, critiqué dans ce contexte, d’« obligation ».

⁷¹⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2013, n° 443 ; M. Puech, *L’illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », Paris, 1973, t. 129, n° 25, 36 et 37 : dans la responsabilité du fait personnel, l’auteur présente l’illicéité non comme la violation d’une norme donnée mais de la norme fondamentale de comportement comprise au sein des anciens articles 1382 et 1383 du Code civil qu’il qualifie à la suite de Darbellay de norme de civilité ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 39. Sans remettre en cause l’aspect illicite de la faute civile, l’auteur considère que les deux notions se confondent totalement, la présentation de la faute civile comme un acte illicite n’apportant dès lors rien. *Contra* : C. Bloch, *La cessation de l’illicite*, *op. cit.*, n° 266. L’auteur souligne que la seule illicéité, comprise comme une situation contraire au droit, n’est pas suffisante à caractériser la faute, laquelle suppose une imputation du comportement à l’origine de la situation illicite. Cette présentation semble toutefois un peu redondante dans le cas où c’est le caractère illicite du comportement d’un individu qui est pris en considération.

⁷¹⁵ Voir déjà : M. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, *op. cit.*, n° 818 à 822.

anciens articles 319 et 320 du Code pénal, au sujet desquels la Cour de cassation avait consacré l'unité des fautes civiles et pénales⁷¹⁶, que la question a été principalement étudiée^{717 718}. Ces articles, qui incriminaient respectivement l'homicide et les violences involontaires, trouvaient à s'appliquer en cas de « maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements », termes dont la généralité semblait devoir conduire, lorsque les dommages pris en compte par ces textes survenaient, à recouvrir le même champ que la faute de l'ancien article 1383, devenu 1241, du Code civil⁷¹⁹. Les conséquences désastreuses de la jurisprudence consacrant l'unité des fautes, imposant aux juges, pour pouvoir indemniser les victimes, de condamner pénalement à raison de « poussières de fautes »⁷²⁰, conduisirent la jurisprudence à en limiter la portée⁷²¹ et la doctrine à tenter de distinguer la faute pénale d'imprudence de la faute civile. Cette distinction passa notamment par l'appréciation du rôle joué par la faute au sein des deux ordres de responsabilité : alors que la faute constitue le fondement de la responsabilité pénale, elle n'est que secondaire par rapport au dommage en responsabilité civile⁷²², justifiant dès lors que la faute pénale, appréhendée de façon plus restrictive, soit considérée *in concreto* contrairement à la faute civile appréciée *in abstracto*⁷²³. Pour pertinente que soit la réflexion dans le cadre de l'étude dans laquelle elle s'insérait, il est patent que son intérêt est anéanti dans le cadre d'une réflexion sur

⁷¹⁶ Civ., 18 déc. 1912, arrêt dit *Brochet et Deschamps*. Le principe ayant été abandonné, voir en dernier lieu : Crim., 2 mai 2018, n° 17-82.449, J.-H. Robert, « Rupture définitive de l'unité entre les fautes civile et pénale d'imprudence », *JCP G* 2018, 830.

⁷¹⁷ J.-C. Schmidt, *Faute civile et faute pénale*, *op. cit.* ; A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code Civil et la faute des articles 319-320 du Code Pénal*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 70, Paris, 1966. Cette question a perdu de son intérêt depuis que la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels a, à l'article 4-1 du Code de procédure pénale, mis fin à l'identité des fautes pénale et civile d'imprudence. On pourrait ajouter à cela que la faute civile et la faute pénale se distinguent nettement à présent que la faute civile ne suppose plus l'imputabilité du comportement à son auteur. Outre que cette remarque n'ôte pas tout intérêt à l'étude des éléments tendant à faire s'opposer les deux types de faute, on objectera qu'il n'est pas évident que l'imputabilité relève de la faute elle-même : P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, *op. cit.*, n° 226 et s. ; P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le Droit, Mélanges déniés à B. Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, p. 515 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 444-1.

⁷¹⁸ Sur la question distincte de l'unité de la prescription : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 58 à 63.

⁷¹⁹ J.-C. Schmidt, *Faute civile et faute pénale*, *op. cit.* ; N. Rias, *Aspects actuels des liens entre la responsabilité civile et pénale*, *op. cit.*, n° 222.

⁷²⁰ X. Pin, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « cours Dalloz », Paris, 11ème éd., 2020, n° 207 ; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, *op. cit.*, n° 482 ; R. Dosière, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, *op. cit.*, p. 15 et s. ; Y. Mayaud, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », art. préc., p. 480.

⁷²¹ J.-C. Schmidt, *Faute civile et faute pénale*, *op. cit.* ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 66.

⁷²² A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, *op. cit.*, n° 87 et 101. Voir cependant : P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, *op. cit.*, n° 185 selon qui le dommage est la condition fondamentale de toute responsabilité et s.

⁷²³ A. Pirovano, *Faute civile et faute pénale*, *op. cit.*, n° 127 et s., spéc. n° 135, 136 et 145.

la faute civile comme fondement de l'amende civile, dès lors que la dimension essentiellement répressive du mécanisme interdit de transposer cette analyse⁷²⁴.

Deux approches semblent néanmoins envisageables pour distinguer la faute civile de la faute pénale.

156. Une clause générale de responsabilité. La faute civile se distingue *a priori* de la faute pénale par sa généralité. Cette distinction, outre le respect de certains principes venant encadrer la répression pénale, s'explique aisément par les finalités classiques des deux responsabilités. Alors que la responsabilité pénale vise à défendre certaines valeurs jugées fondamentales, la responsabilité civile vise un juste équilibre des intérêts privés, plus précisément à organiser une équitable répartition du poids des inconvénients qu'implique quasi-mécaniquement la vie en société. Dès lors, l'infraction pénale, serait-elle formelle, a en vue des dommages relativement identifiés, ce qui ressort d'ailleurs de la structure même du Code pénal, organisé en fonction du type d'atteinte causé par l'infraction. À l'inverse, la faute civile, historiquement fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil, devenus récemment 1240 et 1241, se caractérise par un domaine « infiniment plus vaste »⁷²⁵. Quelle que soit la norme auquel il a été manqué, quel que soit le dommage causé, la responsabilité civile jouera de façon uniforme. Le fait qu'une qualification de la faute (intentionnelle, inexcusable, lourde ...) puisse en certains domaines influencer sur les conséquences de celle-ci ne change rien à sa généralité. En effet, cette qualification n'a pas pour effet de préciser la norme, elle subordonne seulement certaines conséquences de la responsabilité à une qualification dépendant du degré d'écart avec n'importe quelle norme de comportement⁷²⁶.

157. Cette différence fait figure d'évidence et se distingue au fond totalement de la question envisagée par la majorité des auteurs s'étant penchés sur la question de la distinction des fautes civiles et pénales, qui étaient au demeurant parfaitement conscients de cette distinction⁷²⁷. Elle se révélait simplement inutile lorsque la question

⁷²⁴ Si certaines présentations (voir par exemple E. Juen, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc. n° 12 et s.) font du dommage une condition des mécanismes civils punitifs, il ne s'agit pas alors d'un fondement mais une simple condition technique.

⁷²⁵ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 951.

⁷²⁶ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 57 et s. ; P. Amsselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964, p. 126.

⁷²⁷ J.-C. Schmidt, *Faute civile et faute pénale, op. cit.* : l'auteur précise, à propos des infractions d'imprudence que si celles-ci ont *a priori* la même ampleur que la faute civile, ce n'est que limitées à certains dommages.

posée était de savoir, relativement à un dommage donné, l'atteinte à l'intégrité corporelle ou à la vie humaine, si faute civile et faute pénale recouvraient la même signification. Elle prend un tout autre sens dans le cadre de la présente étude. Si une amende civile devait, à la façon de celle envisagée par le projet de réforme⁷²⁸, découler d'une faute abstraite de tout élément matériel⁷²⁹, la distinction de cette faute de la faute pénale serait alors perceptible en dépit du caractère répressif du mécanisme en résultant. Il ne serait en effet plus possible de présenter l'amende civile comme une mesure réprimant certains comportements abstraitement identifiés comme particulièrement graves. L'amende civile deviendrait alors potentiellement une sanction de toute illicéité, avec la généralité que présente cette notion en matière de responsabilité civile.

158. La violation d'une norme civile. À rebours d'une présentation selon laquelle l'inclusion d'une règle dans une branche du droit découle de la sanction de cette règle⁷³⁰, la nature de la sanction découlerait, selon l'analyse ici envisagée, de la nature de la norme sanctionnée. Ainsi, abordant la question des spécificités de la faute civile en matière de peine privée, Monsieur MAZABRAUD la définit comme la violation d'une norme civile, que cette norme résulte d'une obligation textuelle précise ou d'une obligation générale de civilité⁷³¹. C'est alors la nature de la norme violée qui déterminerait la nature de la faute⁷³², la nature civile de la norme se déduisant quant à elle du champ normatif au sein duquel celle-ci s'insère⁷³³. L'amende civile

⁷²⁸ Des propositions similaires se trouvent également concernant des peines privées. Outre l'article 1371 de l'avant-projet Catala, on peut mentionner la proposition de Madame GRARE d'introduire une action en « réparation-expiation » autonome de l'action en « réparation-compensation » pour toute faute, au sens civil, comportant un élément moral : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, spéc. n° 473 et 474. Sur cette proposition voir : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 12.

⁷²⁹ J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », art. préc., I-B-2 ; M.-A Chardeaux, « L'amende civile », art. préc..

⁷³⁰ Voir par exemple : C. Pedrazzi, « Le rôle sanctionnateur du droit pénal », art. préc., p. 18 : « l'illicéité s'enracine nécessairement dans une branche particulière du droit, suivant la nature de la sanction entraînée ».

⁷³¹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 35 et s. ; Pour une approche différente, rattachant l'illicéité en responsabilité civile non à la violation d'une norme civile mais de la norme générale de civilité : M. Puech, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 25 et s..

⁷³² B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 371. Pour l'auteur, si l'attributaire du produit de la sanction constitue bien un élément de distinction entre les peines publiques et les peines privées vindicatives, tel n'est pas le cas concernant les peines privées instaurées par l'État dans le champ des relations privées lorsque celles-ci intéressent l'intérêt général, peines qu'il qualifie alors de distributives. En ce cas seule la nature civile des normes prises en considération fonde le caractère de la peine.

⁷³³ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 391 et s.. La répartition des différents champs normatifs tiendrait quant à elle aux questions auxquelles ceux-ci visent principalement à répondre. La peine privée tient alors à l'existence au sein du droit civil de questions habituellement traitées par le droit pénal (n° 392).

interviendrait alors pour sanctionner la violation de normes civiles⁷³⁴ se voyant reconnaître une valeur « axiologique supérieure »⁷³⁵, justifiant d'être protégées pour elles-mêmes et dont la sanction vise, à la façon des sanctions pénales⁷³⁶, le rétablissement de la valeur transgressée à travers le prononcé de la peine⁷³⁷. Cette présentation, menée à l'occasion de l'étude des peines privées, présente l'avantage d'être opérante alors même que les mesures que conditionnerait l'existence d'une faute civile poursuivraient une finalité similaire aux mesures pénales.

159. Par un raisonnement analogue, on pourrait alors considérer que l'amende civile, peine publique, malgré sa finalité similaire au droit pénal, se trouve localisée en droit civil par la nature des fautes qu'elle vient sanctionner. En effet, si Monsieur MAZABRAUD considère que les amendes civiles constituent des amendes administratives en ce qu'elles sanctionneraient la violation de normes localisées en droit administratif⁷³⁸, il ne semble pas que l'application des critères proposés par l'auteur conduise nécessairement à cette solution. Outre que l'auteur suppose expressément que le juge judiciaire, lorsqu'il prononce une amende administrative, agit en tant qu'administration⁷³⁹, ce qui peut sembler contestable, les difficultés à déterminer le champ normatif dans lequel s'inscrit une norme, notamment lorsque celle-ci conditionne la mise en jeu d'un mécanisme répondant à des questions généralement traitées par un autre ordre normatif, conduit à retenir une approche formelle, « structurelle », reposant largement sur des éléments « d'ordre illocutoire »⁷⁴⁰ par exemple à travers la recherche de la volonté du législateur, le titre au sein duquel s'insère la norme ou encore du code qui la contient. Il est surprenant, au regard de l'ensemble de ces éléments, que Monsieur MAZABRAUD ne conclue pas, concernant les amendes civiles, à l'inclusion des normes sanctionnées au sein du droit civil⁷⁴¹.

⁷³⁴ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 209. Dans une approche similaire l'auteur propose afin de respecter un principe de légalité atténué en matière civile de donner au juge le pouvoir de sanctionner la violation d'obligations définies par des textes.

⁷³⁵ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 55 et 379.

⁷³⁶ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 468.

⁷³⁷ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 28.

⁷³⁸ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.* n° 193, 276 et surtout 280.

⁷³⁹ *Ibid.*

⁷⁴⁰ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 391, note n° 80.

⁷⁴¹ Selon cette présentation l'amende civile constitue alors la sanction de la violation d'une norme civile. On pourrait alors légitimement s'interroger sur le critère de l'amende civile précédemment retenu (*Cf supra*, n° 57). Il faut néanmoins relever qu'au sens des présents développements, la nature civile de la norme sanctionnée est dans une large mesure tributaire de la volonté de celui qu'il l'édicte. S'il peut exister de véritables différences à considérer que la nature de la sanction détermine la nature de la norme sanctionnée (J.-H. Robert, *Droit pénal*

2 – Les insuffisances de l'explication.

160. Dans la recherche des éléments pouvant conduire à justifier le caractère civil de la faute à l'origine du prononcé d'une amende civile, deux approches différentes ont été dégagées. L'une et l'autre révèlent néanmoins des faiblesses si bien que l'amende civile ne saurait être la sanction d'une norme indéterminée (a) et la présentation de l'amende civile comme sanction répressive d'une norme civile identifiée ne permet pas davantage de parvenir à des conclusions satisfaisantes concernant la nature du mécanisme (b).

a – L'amende civile ne peut pas être la sanction d'une norme indéterminée.

161. Une différence majeure et aisément perceptible entre la faute pénale et la faute civile repose sur la généralité de la seconde par rapport à la première. Cette conception semble notamment être celle retenue par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : toute faute, dès lors qu'elle peut être qualifiée de lucrative, peut conduire au prononcé d'une amende civile. Bien que la qualification de la faute vienne resserrer le champ d'intervention de cette amende, cette dernière reste détachée d'un type de dommage, de la protection d'une valeur particulière. En ce sens la faute envisagée conserve sa généralité même si elle y gagne un caractère. Il n'est pourtant pas certain qu'une telle solution soit admissible. De ce que l'amende civile en général, et l'amende du projet de réforme du droit de la responsabilité en particulier, relève de la matière pénale au sens de la Cour européenne des droits de l'homme et constitue une sanction ayant le caractère de punition au sens du Conseil constitutionnel⁷⁴², l'amende civile doit respecter, même si sans doute de façon atténuée⁷⁴³, le principe de légalité des délits et des peines. Or même assouplie il semble loin d'être évident que la généralité de l'attitude visée par le projet de réforme soit conforme aux exigences

général, op. cit., p. 71), ou à l'inverse que la nature de la norme détermine celle de sa sanction, de telles différences s'effacent largement lorsque le critère retenu laisse une place importante à la dimension volontariste de l'auteur du texte d'« incrimination ».

⁷⁴² Cf *infra*, n° 522 et s..

⁷⁴³ Cf *infra*, n° 567 et s..

résultant de ce principe⁷⁴⁴ : même hors du droit pénal entendu strictement, il ne semble pas suffisant de permettre le prononcé d'une telle sanction en fonction du degré de divergence par rapport à une norme totalement indéfinie⁷⁴⁵. Dès lors que l'amende civile ne semble pouvoir intervenir indépendamment d'une norme identifiée, la faute qui la conditionne ne semble plus se démarquer de la faute pénale par sa généralité. Quand bien même le principe de légalité s'appliquerait ici de façon assouplie, la distinction est alors de degré et non de nature⁷⁴⁶.

b – La vacuité de la recherche du caractère de la norme sanctionnée.

162. L'intérêt du raisonnement. Si la faute, lorsqu'elle conditionne le prononcé d'une amende civile, devait effectivement découler de normes identifiées, c'est alors peut-être dans le caractère de ces normes que réside la raison de la nature civile de la faute. Telle est, au sujet des peines privées, l'approche retenue par Monsieur MAZABRAUD⁷⁴⁷, la faute civile consistant alors dans la violation d'une norme de droit privé. Cette présentation est indubitablement séduisante, les amendes civiles, au moins dans leur forme classique, intervenant généralement dans des matières présentant un caractère civil évident et venant réprimer des comportements qui, n'étant pas formellement érigés en infractions pénales paraissent conserver leur caractère civil. Cette présentation peut sembler d'autant plus séduisante que le Conseil constitutionnel a considéré dans une décision du 13 janvier 2011 que : « conformément à l'article 34

⁷⁴⁴ S. Carval, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *JCP G* 2017, 401. *Contra* : N. Fourmier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc., n° 11. Pour une position nuancée : F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP G*, 2018, doct. 686, n° 7.

⁷⁴⁵ Sur une analyse plus approfondie de cette question, *Cf infra*, n° 611 et s..

⁷⁴⁶ De même, le fait qu'hors du droit pénal, la sanction punitive puisse découler de la violation d'une obligation et non d'une faute précisément définie (S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 209 ; E. Juen, « Vers la consécration de dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc., n° 5) ne nous semble pas de nature à renverser l'observation. En effet, sanctionner le résultat d'un comportement ou interdire ce dernier apparaissent comme deux faces de la même médaille. On pourrait certes avancer qu'en édictant une obligation le législateur, contrairement à ce qu'il fait en droit pénal, n'assure pas la protection de certaines valeurs sociales. Ce serait pourtant faire bien peu de cas de la *ratio legis*. Lorsque le législateur impose un comportement ou en proscribit un, *a fortiori* lorsque cette obligation est assortie d'une sanction punitive, il ne le fait qu'en considération d'un objectif, que pour assurer la protection d'un certain modèle. Ainsi en était-il d'ailleurs dans la décision n° 89-260 DC, préc., sur laquelle s'appuie la démonstration de Madame CARVAL. En effet, dans cette décision, le Conseil constitutionnel admet que le législateur ou, en l'espèce une autorité réglementaire, ait défini avec une précision suffisante les normes dont la violation est sanctionnée. Or en l'espèce, les normes pouvant justifier le prononcé d'une sanction administrative par la COB correspondaient aux obligations que cette dernière imposait aux professionnels du marché en vue de la protection de ce dernier.

⁷⁴⁷ *Cf. supra*, n° 158.

de la Constitution, le législateur détermine les principes fondamentaux des obligations civiles et commerciales ; que, compte tenu des objectifs qu'il s'assigne en matière d'ordre public dans l'équilibre des rapports entre partenaires commerciaux, il lui est loisible d'assortir la violation de certaines obligations d'une amende civile »⁷⁴⁸. Le Conseil constitutionnel semble ainsi bien considérer que la spécificité de l'amende civile tient à la nature de la norme primaire sanctionnée. L'hypothèse semble d'autant plus intéressante qu'en certains cas, spécialement en matière d'action abusive ou dilatoire en justice, la faute conditionnant la mise en œuvre de la responsabilité civile, dans son sens classique, et le champ d'application de l'amende civile paraissent parfaitement identiques⁷⁴⁹. Cette présentation peut néanmoins être critiquée.

163. Un raisonnement impropre à justifier le rattachement des amendes civiles à la responsabilité civile. Imaginé pour constituer un critère de distinction des peines privées et publiques, le raisonnement présenté n'a pas pour vocation de justifier une différence de nature entre sanctions. Dans la poursuite de cet objectif, une approche trop formelle de la question ne semble pas pertinente : valable pour opérer des distinctions entre différents mécanismes, elle se trouve dépourvue de tout caractère explicatif. Pour que le champ normatif dans lequel la norme sanctionnée s'inscrit apparaisse pertinent, il semble nécessaire que celui-ci soit lié au contenu matériel de la norme. Deux raisons aux moins semblent s'opposer à un tel raisonnement concernant les amendes civiles.

164. Un raisonnement ne pouvant reposer sur le contenu matériel de la discipline. D'une part, la recherche de critères d'identification de l'amende civile a montré que certaines de ces amendes interviennent pour sanctionner des règles dont l'aspect civil apparaît fortement contestable⁷⁵⁰.

⁷⁴⁸ CC, Décision n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011, considérant n° 3 ; Y. Picod, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », art. préc., n° 7. Voir également CC, Décision n° 2017-750 DC, préc., considérant n° 7 : « Par les dispositions contestées, le législateur, d'une part, a instauré *une nouvelle obligation civile* et, d'autre part, l'a assortie d'une sanction (Nous soulignons) ayant le caractère d'une punition ».

⁷⁴⁹ Civ., 3^{ème}, 19 mai 2015, n° 14-11.671 ; Civ. 2^{ème}, 28 janv. 2016, n° 14-20.726. Il convient toutefois de remarquer que, dans ces deux hypothèses, la Cour de cassation reprochait aux cours d'appel d'avoir infligé une amende civile pour abus du droit d'agir en justice tout en rejetant la demande de dommages et intérêts aux motifs qu'un tel abus n'était pas caractérisé. On peut alors se demander si la solution inverse, une compréhension plus stricte de l'abus de droit d'agir en justice justifiant le prononcé d'une amende civile que de l'abus justifiant le prononcé de dommages et intérêts, aurait été admise.

⁷⁵⁰ Cf *supra*, n° 58 et s..

D'autre part, et même sans insister sur les incertitudes entourant la nature des normes sanctionnées par les sanctions pénales⁷⁵¹, il est parfaitement possible que le non-respect d'une obligation civile soit sanctionnée pénalement, la norme pénale venant alors en quelque sorte doubler la norme civile⁷⁵². Tel est parfois le cas pour des normes contenues au sein même du Code civil.

165. Exemples de sanctions pénales de règles civiles. Historiquement, on peut notamment songer à l'incrimination de l'adultère. Aux termes de l'article 212 du Code civil, les époux se doivent mutuellement fidélité. Le non-respect de cette obligation peut, sur le plan civil, constituer une cause de divorce pour faute et entraîner la mise en œuvre de la responsabilité civile du conjoint infidèle voire de celui qui s'est rendu complice de son comportement⁷⁵³. Antérieurement à 1975⁷⁵⁴, cette obligation de nature civile se doublait de l'incrimination pénale de l'adultère⁷⁵⁵, générale pour l'épouse⁷⁵⁶, circonscrite au cas d'entretien d'« une concubine dans la maison conjugale » pour le mari⁷⁵⁷. La superposition des normes civiles et pénales n'était toutefois pas parfaite⁷⁵⁸. Si la notion civile d'adultère suppose un élément moral⁷⁵⁹ qui la rapprochait de son équivalent pénal⁷⁶⁰, la matérialité du comportement visé par les deux normes différait légèrement. Ainsi, si les articles 229 et 230 du Code civil présentaient dans leur version originelle une symétrie parfaite avec les articles 336 et 339 de l'ancien Code pénal, une différence est apparue lors du rétablissement de la faculté de divorcer par la loi Naquet du 27 juillet 1884. À la suite de cette réforme, l'adultère entendu civilement se concevait identiquement qu'il soit le fait de la femme

⁷⁵¹ R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013, n° 248 ; M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, n° 4.

⁷⁵² Sur les différentes figures d'intervention du droit pénal en droit civil, voir la présentation, certes un peu datée, de J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé*, *op. cit.*, n° 25 et s..

⁷⁵³ G. Cornu, *Droit civil, La famille*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 9^e éd., 2006 ; A. Bénabent, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », Paris, 3^e éd., 2014, n° 279

⁷⁵⁴ Loi n° 75-617 du 11 juillet 1975.

⁷⁵⁵ A. Bénabent, *Droit de la famille*, *loc. cit.* ; F. Terré et D. Fenouillet, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 9^{ème} éd., 2018, n° 169.

⁷⁵⁶ CP ancien, art. 336.

⁷⁵⁷ CP ancien, art. 339.

⁷⁵⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, PUF, coll. « Thémis », Paris, 21^e éd., 2002, p. 477 ; P. Raynaud, « La notion civile d'adultère rapprochée de sa notion pénale », in *Mélanges dédiés à M. le Professeur Joseph Magnol*, Sirey, Paris, 1948, p. 353 et s..

⁷⁵⁹ Entendue uniquement dans les rapports entre époux et non dans les conséquences que celui-ci peut produire en matière de filiation.

⁷⁶⁰ P. Raynaud, « La notion civile d'adultère rapprochée de sa notion pénale », art. préc., p. 360 et s., spéc. p. 371 : pour l'auteur, à considérer la notion d'adultère dans le divorce, celle-ci est « très comparable par son aspect intentionnel et s'identifierait même à peu près exactement avec [la notion pénale d'adultère] de ce point de vue » sous certaines réserves.

ou du mari. Bien que la légitimité de cette différence ait pu être mise en doute⁷⁶¹, il en résultait que la norme pénale et la norme civile différaient légèrement.

166. En droit positif, ce cas de superposition imparfaite entre normes civiles et pénales se retrouve en matière d'abandon de famille. En effet, l'article 227-3 du Code pénal incrimine ce comportement et sanctionne de deux ans d'emprisonnement et de quinze mille euros d'amende « le fait, pour une personne, de ne pas exécuter une décision judiciaire ou une convention judiciairement homologuée lui imposant de verser au profit d'un enfant mineur, d'un descendant, d'un ascendant ou du conjoint une pension, une contribution, des subsides ou des prestations de toute nature dues en raison de l'une des obligations familiales prévues par le code civil, en demeurant plus de deux mois sans s'acquitter intégralement de cette obligation ». Là encore, le champ des deux normes ne se confond pas totalement, la sanction pénale ne punissant que les cas de résistance particulièrement marquée à l'exécution de l'obligation civile⁷⁶². Il faut toutefois souligner que, malgré cette discordance, l'abandon de famille est classiquement présenté comme « une des hypothèses remarquables où l'inexécution d'une obligation civile est sanctionnée comme délit pénal »⁷⁶³.

167. Ces exemples illustrent la possibilité qu'une sanction strictement pénale vienne réprimer, sous certaines conditions ou de façon générale, les manquements à certains comportements imposés par des normes relevant de matières civiles⁷⁶⁴. De plus, on peut rappeler que certaines amendes édictées par le Code civil à l'encontre des officiers d'état civil sont généralement présentées comme étant des amendes pénales, par exemple concernant la sanction prévue à l'article 68 du Code civil. Si cette analyse nous semble *a minima* devoir être discutée⁷⁶⁵, elle conduirait à admettre l'existence en droit positif de cas de superposition parfaite entre norme pénale et norme civile. Au

⁷⁶¹ *Ibid.*

⁷⁶² N. Cayrol, *Droit de l'exécution*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », Paris, 2^e éd., 2016, n° 284 ; A. Gouttenoire, M.-C. Guérin, « Abandon de famille », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, mai 2015 (actualisation février 2017), n° 7. Voir récemment : A.-M. Leroyer, « Comment caractériser le délit d'abandon de famille en cas de non-paiement d'une prestation compensatoire ? », *RTD civ.* 2019.561.

⁷⁶³ J. Carbonnier, *Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, *op. cit.*, p. 57 ; C. Brenner, « La sanction en droit patrimonial de la famille », in *Les sanctions en droit contemporain*, *op. cit.*, p. 185 et s., n° 27 : « Quelques textes pénaux viennent néanmoins soutenir la sanction civile de la méconnaissance des obligations familiales. Soit par un délit spécifique, tel le délit d'abandon de famille ... ».

⁷⁶⁴ Sur les interactions entre droit des personnes et sanctions pénales : J. Garrigue, *Les sanctions en droit des personnes*, Brèves observations sur le recours aux sanctions pénales, in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *op. cit.*, p. 129 et s. n° 2 et 3. Voir également sur ce phénomène : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 210.

⁷⁶⁵ Cf *supra*, n° 36.

demeurant, quel que soit le caractère de ces amendes, l'existence même d'un débat quant à leur nature démontre que l'idée de sanction pénale d'une norme civile est admise.

168. Le cas du droit pénal sanctionnateur. Enfin, au-delà des sanctions pénales de normes comprises dans le Code civil, il convient de souligner ce que la doctrine qualifie de droit pénal « sanctionnateur »⁷⁶⁶, c'est-à-dire l'ensemble des cas où une mesure pénale est utilisée afin d'assurer la sanction d'une règle établie par une autre branche du droit. Si la norme dont la violation est ainsi sanctionnée est généralement légale ou réglementaire, c'est parfois le non-respect d'une règle d'origine privée qui est sanctionné pénalement. L'article L. 244-2 du Code de commerce dispose ainsi⁷⁶⁷ : « Le fait, pour un président ou un dirigeant de société par actions simplifiée de ne pas consulter les associés dans les conditions prévues par les statuts en cas d'augmentation, d'amortissement ou de réduction du capital, de fusion, de scission, de dissolution ou de transformation en une société d'une autre forme est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende ». C'est alors le simple manquement à certaines règles des statuts d'une société, donc une norme d'origine privée, qui est réprimé par une sanction pénale.

Opérant un renvoi similaire, l'article L. 2263-1, anciennement L. 153-1, du Code du travail, dispose : « Lorsqu'en application d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif de travail étendu déroge à des dispositions légales, les infractions aux stipulations dérogatoires sont punies des sanctions qu'entraîne la violation des dispositions légales en cause ». Cette hypothèse est doublement intéressante. Le simple fait que la violation de certaines règles de droit du travail soit réprimée par des sanctions pénales pourrait déjà constituer un exemple de sanction pénale d'une règle, sinon civile, du moins extra-pénale. La modification du comportement réprimée du fait d'une convention collective accentue encore l'impression de coloration extra-pénale de la norme sanctionnée. Cette spécificité fut particulièrement mise en lumière dans la décision du Conseil

⁷⁶⁶ C. Pedrazzi, « Le rôle sanctionnateur du droit pénal », art. préc. ; J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 72 ; G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique, étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et économie », Paris, 2009, n° 45 et s..

⁷⁶⁷ Voir pour une critique du recours au droit pénal dans ce cas : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 212, note n° 922.

constitutionnel du 10 novembre 1982⁷⁶⁸ rendue au sujet de la loi du 10 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail. Cette loi instaurait la règle de l'article L. 153-1 du Code du travail. Les auteurs de la saisine reprochaient à cet article d'« avoir pour effet de rendre passibles de peines correctionnelles ou contraventionnelles les personnes qui auraient méconnu certaines des stipulations figurant dans des conventions ou accords qui, même ayant fait l'objet de mesures d'extension, ne demeurent pas moins des conventions de droit privé ; que l'on ne saurait admettre que soit ainsi instituée une source conventionnelle du droit pénal ; que, d'ailleurs, le texte critiqué aboutit à ce que certains des éléments constitutifs de délits ou de contraventions se trouvent définis non par la loi ou par le règlement, mais par des stipulations émanant de personnes privées »⁷⁶⁹. Si le Conseil constitutionnel déclara la disposition constitutionnelle, il affirma néanmoins qu'« aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même ; que la méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut donc faire l'objet d'une répression pénale »⁷⁷⁰.

169. Les conséquences du constat. Dès lors que la sanction pénale des manquements à certaines règles civiles, ou plus généralement privées, apparaît parfaitement concevable, il semble nécessaire de s'interroger sur la distinction avancée entre fautes civiles et pénales. Pourquoi dans un cas considérer que la norme civile se voit adjoindre une norme d'une nature différente, dans l'autre considérer que la norme privée se suffit à elle-même pour entraîner une condamnation à une sanction que ses caractéristiques rapprochent plus de la peine que des solutions traditionnelles de la responsabilité civile⁷⁷¹ ? Il apparaît alors bien que seule une approche présentant un certain caractère formel puisse être retenue pour justifier le rattachement au champ normatif civil des normes sanctionnées par une amende civile. Dès lors que ce n'est pas en raison de la matérialité d'une norme, de sa finalité ou du domaine⁷⁷² dans lequel

⁷⁶⁸ CC, Décision n° 82-145 DC, 10 novembre 1982. Voir par exemple sur cette question : Y. Mayaud, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », art. préc., p. 474.

⁷⁶⁹ CC, Décision n° 82-145 DC, 10 novembre 1982, considérant n° 2.

⁷⁷⁰ CC, Décision n° 82-145 DC, 10 novembre 1982, considérant n° 3.

⁷⁷¹ Sur l'importance des difficultés à distinguer la norme pénale de normes voisines : M. Van de Kerchove, « Les frontières des normes pénales », art. préc., p. 90.

⁷⁷² Sauf à entendre ce terme dans un sens purement formel.

celle-ci intervient mais plutôt du fait de la volonté de celui qui l'édicte ou plus généralement d'aspects structurels et formels⁷⁷³ que la norme sanctionnée reste incluse dans le champ normatif civil, l'explication proposée, plus descriptive qu'explicative, ne semble pas de nature à justifier le rattachement de l'amende civile à la responsabilité civile.

C – La protection d'un intérêt public.

170. La présentation de la distinction. Une distinction entre les peines publique et privée est parfois avancée : alors que la peine publique protégerait un intérêt public, la peine privée tendrait à assurer un ordre juridique privé. Cette présentation, contestable par certains aspects lorsqu'elle s'applique à la peine privée⁷⁷⁴, n'est en tout cas manifestement pas applicable à l'amende civile.

171. Une distinction ne pouvant être transposée aux amendes civiles. Outre que les cas existants d'amende civile se rattachent pour la plupart aisément à un intérêt public (bon fonctionnement de la justice⁷⁷⁵, tenue des registres d'état civil, fonctionnement loyal du marché⁷⁷⁶ ...) les caractéristiques de l'amende civile ne

⁷⁷³ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit internet et international*, op. cit., n° 391, note n° 80. Il convient de rappeler que la nature de la norme est ici envisagée afin de qualifier une sanction que, par hypothèse, la seule matérialité ne permet pas de qualifier de civile ou pénale.

⁷⁷⁴ Cf *infra*, n° 185 et s..

⁷⁷⁵ L. Cadiet, « Sanction et procès civil », art. préc., p. 135 : l'auteur souligne que la dualité des sanctions prévues par l'article 32-1 du Code de procédure civile illustre la dualité de l'action en justice, mise en œuvre d'intérêts privés mais dans le cadre d'un service public.

⁷⁷⁶ M. Béhar-Touchais, « À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives », *RLC* 2005/2, p. 39 et s., n° 10. L'auteur souligne que l'article L. 442-6 III réalise un « amalgame » entre intérêt général, intérêt individuel et intérêt collectif. La prise en compte de l'intérêt général à travers le prononcé de l'amende civile édictée par cet article paraît par ailleurs bien admise en jurisprudence, tant le Conseil constitutionnel que la Cour de cassation estimant que cette amende vise la préservation de « l'ordre public économique » : CC, Décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011, considérant n° 5 ; CC, Décision n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016, considérant n° 8 ; Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-21.811. Voir également : L. Constantin, « Rupture brutale des relations commerciales, précisions sur le régime de l'amende civile – Cour d'appel de Paris 3 décembre 2014 », *AJCA* 2015.229. De façon plus générale, le caractère autonome de l'action exercée sur le fondement de l'ancien article L. 442-6 III du Code de commerce semble bien s'expliquer par le fait que cette action vise la protection de l'intérêt général. C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010.653 : « s'il bénéficie de ce droit d'agir à titre principal, c'est parce que l'intérêt particulier concrètement protégé (celui de la victime de pratiques anticoncurrentielles) coïncide avec l'intérêt général, en vertu d'un choix politique opéré par le législateur : effectivement, la protection du marché et de la concurrence et au-delà, la loyauté du commerce, sont des valeurs essentielles de la société toute entière ; il est donc bon pour celle-ci autant que pour les victimes que cessent les pratiques illicites, que les contrats ou clauses illicites soient annulés, voire même qu'elles obtiennent la restitution de l'indu ». Voir également : E. Chevrier, « La résurrection de l'article L. 442-6 III du Code de commerce », *D.* 2008.2067 ; L. d'Avout, « Droit du commerce international », *D.* 2016.2025 : « L'article L. 442-6 du code de commerce, en ce qu'il peut mobiliser "l'ordre public économique", gardien du bon fonctionnement des marchés, est certainement une loi de police lorsqu'il crée un droit d'action propre du ministre ou d'une autorité

concordent pas avec la défense d'un intérêt privé⁷⁷⁷. Dans sa thèse consacrée à la notion de peine privée, Monsieur JAULT tirait, logiquement, deux conséquences de ce que la peine privée protège, selon lui, un intérêt privé. D'une part le produit de cette peine devrait être attribué à la victime⁷⁷⁸, d'autre part l'action aboutissant au prononcé d'une peine privée devrait être subordonnée à la volonté de la victime⁷⁷⁹. Or force est de constater que ces deux aspects font manifestement défaut en ce qui concerne l'amende civile. L'attribution du produit de l'amende a déjà été étudiée⁷⁸⁰. Concernant le déclenchement de l'action, il est généralement affirmé que la partie privée victime du comportement sanctionné par l'amende civile n'a pas intérêt à son prononcé et ne peut consécutivement agir à cette fin. Sans rentrer dans les détails de ce qui relève principalement du régime de l'amende⁷⁸¹, tel est notamment le cas concernant l'amende pour abus de droit d'agir en justice⁷⁸² ou concernant les différentes amendes civiles édictées par le Code de commerce qui ne peuvent être demandées que par le ministère public⁷⁸³ ou par le ministre chargé de l'économie⁷⁸⁴. L'amende civile n'a dès lors manifestement pas les traits d'un mécanisme tourné vers la protection des intérêts privés⁷⁸⁵.

publique agissant dans la défense de l'intérêt général ». Voir toutefois concernant le cas des ruptures brutales de relations commerciales : M. Malaurie-Vignal, « L'exemplarité de l'amende civile », art. préc., n° 16 à 21 ; S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, Thèse dactyl., sous la dir. de N. Ferrier, Université de Montpellier, soutenue le 26 nov. 2018, n° 947.

⁷⁷⁷ Voir par exemple : M. Cappalleti, « Réflexions comparatives sur le rôle de la punition en droit de la responsabilité délictuelle », *RDC* 2019/4, p. 293, II-A : « la conception française de la punition en droit de la responsabilité pourrait difficilement être plus "publique", au sens où elle repose avant tout sur la prise en compte de l'intérêt général ».

⁷⁷⁸ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 274 et s..

⁷⁷⁹ A. Jault, *op. cit.*, n° 313 et s..

⁷⁸⁰ *Cf supra*, n° 84 et s..

⁷⁸¹ *Cf infra*, n° 685 et s..

⁷⁸² A. Pedriau, « L'amende civile d'appel », art. préc. ; P. Julien, « Procédure civile et voies d'exécution », *D.* 1982, IR 153 ; E. Blary-Clément, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », art. préc., n° 26.

⁷⁸³ C. com., art. L. 141-23, al. 6, L. 141-28, al. 5, L. 23-10-1, al. 6, L. 23-10-7, al. 5, L. 442-6, III, al. 2, devenu L. 442-4 I.

⁷⁸⁴ C. com., art. L. 442-6 III al. 2, devenu L. 442-4, I.

⁷⁸⁵ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 405 ; M. Malaurie-Vignal, « Entre répression et réparation que faut-il choisir ? », art. préc., n° 3. Voir également : J. Sénéchal, « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », *D.* 2010.1000 : « L'amende civile, à l'origine de sa conception en droit processuel, était une hybridation de l'amende pénale et des dommages et intérêts civils, marquant l'interaction entre les intérêts particuliers et l'intérêt général (Nous soulignons) en présence des pratiques dilatoires et abusives de certains plaideurs. Telle que consacrée dans le cadre de l'article L. 442-6, III, du code de commerce, depuis la loi NRE du 15 mai 2001, l'amende civile perd une grande partie de son caractère hybride en raison de l'absence potentielle des contractants à l'instance. Elle s'analyse plus sûrement en *une forme de sanction pénale demandée à un juge civil* (Nous soulignons) par un ministère soucieux de la construction d'un marché économique donné ». *Contra* : A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, *op. cit.*, n° 352. « La prévision de sanctions répressives signifie-t-elle que le droit des pratiques restrictives de concurrence obéit à un objectif d'intérêt général ? La réponse est négative. La fausseté de la conception moniste du droit de la concurrence a, en effet, déjà été démontrée. Les pratiques restrictives, sanctionnées en tant qu'atteinte à des intérêts particuliers, doivent l'être de manière suffisamment sévère pour que l'objectif de dissuasion soit rempli. Or de simples sanctions civiles sont apparues insuffisantes. La loi a donc

*

* *

172. À l'issue de cette analyse, les éléments conduisant à considérer que l'amende civile constitue un mécanisme civil de responsabilité, ainsi que ceux tendant à la distinguer des sanctions pénales, semblent fragiles⁷⁸⁶. Ainsi que l'écrit Madame BÉHAR-TOUCHAIS, « On a tout de même un peu le sentiment que l'amende civile n'est pas civile par essence. Elle ne l'est que par la volonté du législateur »⁷⁸⁷. Si la volonté législative rattache l'amende civile au droit civil, on réalise alors l'artificialité de ce rattachement. Incluse au sein du droit civil, répondant manifestement à une logique de responsabilité, l'amende civile se distingue pourtant par de nombreux aspects des mécanismes relevant de la responsabilité civile. Tant les caractéristiques intrinsèques de l'amende que les conditions de son prononcé tendent en effet davantage à lui conférer les caractéristiques d'une sanction pénale⁷⁸⁸.

Ces observations semblent précieuses afin de cerner la notion d'amende civile et d'éviter de soumettre ses manifestations à des règles juridiques en opposition avec la

adjoint un dispositif de nature "para-pénale" : une *amende civile* ». Pour une discussion de ce raisonnement, cf *infra*, n° 185 et s.. Voir également : C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », art. préc. ; L. Arcelin, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.* 2018.575 : « La préservation de la loyauté entre opérateurs, si elle se rapproche certes d'une méthode plus individualiste, n'en poursuit pas moins un objectif de régulation. C'est le cas du droit de la distribution, ce "petit droit de la concurrence", notamment dans sa partie relative aux pratiques restrictives du Titre IV du Livre IV du code de commerce qui ne protège pas tant les droits subjectifs des victimes que le bon ordre du marché. L'action du ministre de l'Économie fondée sur l'article L. 442-6 III témoigne parfaitement de ce but de régulation, la Cour de cassation l'ayant qualifiée d'"action autonome de protection du fonctionnement du marché et de la concurrence qui n'est pas soumise au consentement ou à la présence des fournisseurs". La Cour de Strasbourg a confirmé cette orientation en retenant que "dans les circonstances visées par l'article L. 442-6 du code de commerce, le ministre agit avant tout en défense de l'ordre public économique qui n'est pas limité aux intérêts immédiats des fournisseurs" ».

⁷⁸⁶ Voir également, affirmant que les amendes civiles constituent « de pures sanctions pénales prononcées par le juge civil » : P. Jourdain, « Rapport introductif » in *faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, art. préc., n° 11.

⁷⁸⁷ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 24. Dans le même sens : F. Graziani, « La généralisation de l'amende civile, entre progrès et confusions », art. préc., II-B : « [L'amende civile n'a] peut-être de civile que le nom ». M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 320 : « la même sanction (amende [...] par exemple) peut, selon le choix du législateur, être qualifiée d'une nature juridique ou d'une autre ». Considérant que le recours à des amendes civiles procède « plus d'un changement de champ lexical » que d'une transformation des sanctions pénales : J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », Paris, 2008, p. 24 et 25.

⁷⁸⁸ E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008/43, doctr. 201, n° 9 : s'interrogeant sur la possibilité d'attribuer la peine privée à un autre que la victime, l'auteur arrivait à la conclusion que tout est possible lorsqu'on détache la peine privée de la responsabilité civile, mais qu'alors la peine n'a plus grand-chose de privée et que son existence à côté de l'amende pénale paraît difficilement justifiable. Ces propos semblent correspondre dans une large mesure au cas de l'amende civile. Sur la perte de spécificité du droit pénal : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 34 et s.. L'auteur considère que la perte de spécificité du droit pénal se fait sur trois fronts : l'équivalence entre peine et prison, l'identité entre le réseau de distribution des peines et le réseau pénal (p. 36).

logique qui l'anime. Le caractère civil de l'amende apparaîtrait autrement, en plus d'être théoriquement contestable, inopportun.

173. L'analyse approfondie des caractères de l'amende civile fournit l'exemple le plus visible de ce que certaines sanctions pécuniaires qualifiées de civiles présentent une coloration pénale telle que leur rattachement au droit civil est largement artificiel. La proximité entre l'amende civile et les dommages et intérêts punitifs, et plus généralement avec les peines privées à caractère pécuniaire ayant été soulignée, il paraît nécessaire de se demander dans quelle mesure l'analyse livrée au sujet de l'amende civile est transposable à ces mécanismes.

Chapitre II : La disparité des peines pécuniaires privées.

174. L'amende civile, en ce qu'elle constitue une peine publique, présente avec la sanction pénale des similitudes telles que le caractère artificiel de son rattachement au droit civil est particulièrement visible. Quant aux peines privées se présentant sous forme pécuniaire, leur caractère apparaît plus incertain. En effet, certaines différences entre ces sanctions et l'amende civile paraissent, au moins à première vue, de nature à justifier de façon moins artificielle leur rattachement au droit civil. Ainsi, le fait que le produit de la sanction soit, *a priori*, attribué à la victime⁷⁸⁹ peut laisser penser qu'elles assurent en partie une fonction indemnitaire, évitant ainsi de les distinguer totalement de ce qui constitue la finalité la plus communément reconnue à la responsabilité civile. De plus, l'attribution du produit de la sanction à la victime du comportement réprimé est apparue comme le signe de ce que le mécanisme en question viserait à assurer la protection d'un intérêt privé⁷⁹⁰, ce qui le distinguerait alors nettement des sanctions pénales *stricto sensu*. Elle conduit en tout cas à placer les dommages et intérêts punitifs dans une situation de proximité par rapport aux dommages et intérêts *stricto sensu*, si bien qu'il a été affirmé que si « de nombreuses amendes civiles ne rel[èvent] pas de cette institution, [les] dommages-intérêts punitifs [...] s'y inscrivent nécessairement dès lors qu'ils ne font que compléter les dommages-intérêts compensatoires »⁷⁹¹.

175. Un rattachement incertain. La solution est néanmoins loin d'être évidente. Outre qu'il n'existe de consensus ni concernant les fonctions⁷⁹² des peines privées, ni quant aux intérêts que celles-ci protègent⁷⁹³, la proximité entre certaines peines privées et l'amende civile⁷⁹⁴ rend *a priori* transposable une part importante des

⁷⁸⁹ Sur la pertinence de cette spécificité, *Cf infra*, n° 313 et s..

⁷⁹⁰ *Cf infra*, n° 185 et s..

⁷⁹¹ J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité », art. préc., I-A-1.

⁷⁹² *Cf infra*, n° 176 et s..

⁷⁹³ *Cf infra*, n° 185 et s..

⁷⁹⁴ La proximité entre amende et dommages et intérêts punitifs est parfois soulignée dans les systèmes admettant ce type de sanction. Voir par exemple : Lord Reid, *in Broome v. Cassell & Co Ltd* (1972), UKHL 3, AC 1027. Parlant des *punitive damages* le Lord écrit : « Certaines objections ont été émises quant à l'utilisation du terme "amende" pour désigner les montants des *punitifs* ou *exemplary damages* excédant ce qui est légitimement dû aux demandeurs. Selon moi, le mot "amende" décrit parfaitement la part de toute somme allant au-delà de ce qui est légitimement dû aux demandeurs et est purement punitive ». (« Some objection has been taken to the use of the word 'fine' to denote the amount by which punitive or exemplary damages exceed anything justly due to the plaintiffs. In my view the word 'fine' is an entirely accurate description of the part of any award which goes beyond anything justly due to the plaintiff and is purely punitive »).

développements réalisés à propos de celle-ci. Ainsi que l'écrit Monsieur SAINT-PAU, « Il ne suffit pas de qualifier une sanction de “peine privée” pour lui ôter son caractère pénal »⁷⁹⁵. Il apparaît alors que le cantonnement ou l'extension à l'ensemble des sanctions pécuniaires civiles des observations réalisées au sujet des amendes civiles, autrement dit l'étude de l'influence des spécificités de la peine privée sur la nature de la sanction (section II), suppose une analyse approfondie de la notion de peine privée lorsqu'elle se manifeste sous forme de sanction pécuniaire, autrement dit de la notion de peine pécuniaire privée (section I).

Section I – La notion de peine pécuniaire privée.

176. Une notion mal définie. Si la peine privée est régulièrement présentée comme une notion difficilement identifiable, voire insaisissable⁷⁹⁶, une telle incertitude a de quoi surprendre. La notion de peine privée, loin d'être méconnue, a fait l'objet d'études importantes depuis le début du XX^{ème} siècle⁷⁹⁷, l'intérêt doctrinal pour cette notion semblant même avoir été renouvelé dans une période récente⁷⁹⁸. Les divergences opposant les auteurs au sujet de la peine privée sont cependant telles que les contours de celle-ci demeurent évanescents.

177. Un recours incontestable à une notion débattue. Ces difficultés n'empêchent pas une certaine vitalité de la peine privée. Celle-ci est pourtant vivement critiquée par une partie de la doctrine⁷⁹⁹ qui, percevant la peine privée comme un

⁷⁹⁵ J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* 2013/5, dossier 23, n° 21.

⁷⁹⁶ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 239 et s..

⁷⁹⁷ Voir par exemple : L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.* ; P. Jacomet, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, Arthur Rousseau, Paris, 1905 ; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.* ; M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc. ; P. Nabet, *La peine privée en droit des assurances*, PUAM, Aix-en-Provence, 1986.

⁷⁹⁸ Notamment : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.* ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.* ; A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.* ; B. Mazabraud, *La peine privée : Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*

⁷⁹⁹ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 371. Au titres des principales objections émises par les adversaires de la peine privée l'auteur réunit les objections des adversaires de la peine privée en quatre critiques principales : elle reposerait sur « l'idée barbare de vengeance » (H. Mazeaud, L. Mazeaud, par F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2013, d'après l'édition de 1983, n° 2352), elle serait condamnée par le sens de l'évolution historique, « l'histoire de la peine [étant] celle

mécanisme anachronique⁸⁰⁰, lui reproche, entre-autre, de brouiller les distinctions entre responsabilités civile et pénale⁸⁰¹, de méconnaître les principes propres à chacun de ces ordres et d'aboutir à un enrichissement injustifié de la victime⁸⁰². Ces critiques n'emportent pourtant pas une adhésion unanime⁸⁰³. Ainsi est-il avancé que, si le droit pénal a naturellement vocation à assurer la répression des comportements blâmables, il n'est pas en mesure d'assurer seul ce rôle⁸⁰⁴. De même, il serait erroné de voir dans le principe de réparation intégrale un principe indépassable⁸⁰⁵. Par ailleurs, l'existence pratique de mécanismes relevant de la peine privée semblant incontestable, il est avancé que leur reconnaissance permettrait un encadrement plus protecteur des droits des justiciables⁸⁰⁶.

178. En dépit des travaux leur ayant été consacrés et en dépit de la vitalité de leurs manifestations, l'identification des peines privées, même à se limiter à leur forme pécuniaire, soulève plusieurs difficultés. Celles-ci doivent non seulement être

d'une abolition constante » (R. von Ihering, cité par B. Starck, *op. cit.*, p. 373), elle porterait atteinte à la distinction du droit civil et du droit pénal. Enfin, elle contredit le principe de réparation intégrale. Voir également : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 247 et 248 ; S. Picasso, « L'introduction de dommages-intérêts punitifs en droit des contrats », *RDC* 2010, p. 1107.

⁸⁰⁰ E. Gaudemet, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, réédition (1937), présentation par D. Mazeaud, p. 303 : « Un certain rôle est attribué à l'intention de nuire dans des théories spéciales, par exemple dans la théorie de l'abus de droit. On a pu voir là de véritables peines privées. C'est une sorte "d'évolution régressive", qui sur certains points spéciaux ramène le droit privé moderne aux conceptions anciennes, tandis que son développement général tend à l'en éloigner de plus en plus ».

⁸⁰¹ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 379 et s. ; Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998.1, spéc. p. 19 ; L. Cadet, « Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de réparation », in *Le juge entre deux millénaires, mélanges offerts à Pierre Drai*, *op. cit.*, p. 495 et s., spéc. p. 506.

⁸⁰² Voir par exemple : Y. Lambert-Faivre, « Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du Code civil) », *RDC* 2007, p. 163 et s., spéc. p. 164 ; Ph. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », art. préc., spéc. p. 1118 ; R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les Dommages et intérêts punitifs », *LPA* 2005/14, p. 53 et s. L'auteur souligne que la conception indemnitaire véhiculée par le principe de la réparation intégrale se retrouve au niveau de ce qu'était à l'époque la Communauté européenne. Voir ainsi : CJCE, *Courage Ltd c. Bernard Crehan*, 20 sept. 2001, C-453/99, n° 30 : « La Cour a déjà jugé que le droit communautaire ne faisait pas obstacle à ce que les juridictions nationales veillent à ce que la protection des droits garantis par l'ordre juridique communautaire n'entraîne pas un enrichissement sans cause des ayants droit » ; L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 937.

⁸⁰³ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 371 et s. L'auteur réfute l'ensemble des arguments avancés à l'encontre de l'idée de peine privée.

⁸⁰⁴ R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.*, n° 511 : « L'idée de peine privée est sans doute en opposition avec la distinction si complète (sauf l'intervention de la personne lésée dans la procédure pénale) dans notre droit actuel entre le domaine du droit pénal et celui du droit civil. Mais il ne faut jamais pousser les séparations jusqu'à la méconnaissance des intérêts pratiques ».

⁸⁰⁵ G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc. ; P. Jourdain, « Conclusion prospective », art. préc., n° 16.

⁸⁰⁶ Voir par exemple : M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006/25, O 149, n° 6 ; P. Jourdain, « Rapport général », in *L'indemnisation*, *op. cit.*, n° 37.

distinguées des sanctions strictement pénales (§I) mais aussi des autres sanctions rattachées au droit civil (§II).

§I – La peine privée et la sanction pénale.

179. À l'image des amendes civiles, la finalité punitive de ces sanctions rend complexe leur distinction d'avec les sanctions proprement pénales. SAVIGNY écrivait ainsi que la peine privée « appartient par son but, la peine, à ce grand domaine du droit criminel, qui constitue une branche spéciale du droit public. Je ne veux pas dire qu'elle a simplement avec lui de l'analogie et de l'affinité, mais qu'elle présente une double nature et appartient véritablement à deux divisions du droit : au droit criminel par son principe et son but ; au droit privé par sa forme et ses effets »⁸⁰⁷. Cette difficulté est d'autant plus importante concernant les peines privées pécuniaires que si la peine privée « se réalise par les moyens du droit civil, plus largement, du droit privé »⁸⁰⁸, ce critère se révèle peu opérant relativement à ce type de sanctions⁸⁰⁹ dont la matérialité est parfois identique⁸¹⁰.

Face aux difficultés que présente la distinction des peines pécuniaires publiques et privées, une présentation des critères de distinction envisageables (A) semble nécessaire avant d'indiquer ceux qui seront retenus (B).

A – Les critères discutés.

180. L'élément de distinction le plus visible entre les sanctions pénales et les peines privées de nature pécuniaire tient au fait que ces dernières sont versées à la victime du comportement réprimé. Malgré l'apparente évidence de cette distinction, une certaine incertitude entoure ce critère (1) laquelle n'est pas levée par l'analyse de l'intérêt défendu par la peine (2).

⁸⁰⁷ F. C. Von Savigny, *Le droit des obligations*, LGDJ, coll. « Collection de la Faculté de droit de Droit et des Sciences sociales de Poitiers », Fontenay-Le-Comte, 2008, réimpression de la seconde édition en date de 1873, § 83.

⁸⁰⁸ L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 17 ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 299 et s..

⁸⁰⁹ M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 11.

⁸¹⁰ Tel est notamment le cas des astreintes civiles et des astreintes pénales. Si l'astreinte civile est décrite comme une peine privée (Cf *infra*, n° 290 et s.), l'astreinte pénale constitue une mesure pénale, en tant que telle davantage soumise aux principes régissant cette matière : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 244. Il convient toutefois de souligner que l'astreinte pénale ne constitue pas pour autant une peine au sens strict du terme : T. Fossier, « Les astreintes prononcées par les juridictions pénales : occasions manquées », *JCP G* 1998 I 126, n° 16.

1 – L'incertitude entourant le critère de l'attributaire.

181. Un critère généralement admis. Au vu de l'approche généralement retenue de la notion de peine privée, la distinction entre celle-ci et la sanction pénale semble évidente. Elle est définie comme une « perte infligée à titre de sanction punitive [...] dont le profit va (d'où le qualificatif privé) à la victime de ces agissements laquelle reçoit un avantage finalement supérieur au préjudice qu'elle avait subi »⁸¹¹. Si le critère de distinction est aussi clair, reposant sur la différence d'attribution du produit de la sanction, alors le critère d'identification l'est tout autant car la sanction pénale représente l'archétype de la peine publique. Cette distinction se révèle toutefois plus complexe à l'analyse.

L'importance accordée à la dévolution du bénéfice de la sanction dans la qualification de peine privée fait l'objet de débats. Alors qu'une partie importante de la doctrine fait de cette attribution un élément essentiel de la qualification⁸¹², cette présentation est parfois contestée.

182. La peine privée ne serait pas nécessairement attribuée à une personne privée. Il a ainsi pu être souligné que rien ne s'oppose à ce qu'une peine privée bénéficie à une personne publique⁸¹³, sans pour autant que la nature de la peine en semble affectée. Ainsi, si l'astreinte prononcée par un juge civil bénéficiera généralement à une personne privée, rien ne s'oppose à ce qu'elle bénéficie à une administration partie au procès civil. La démonstration n'apparaît toutefois pas pleinement convaincante. L'astreinte prononcée par une juridiction civile est nécessairement attribuée au créancier⁸¹⁴ et le fait que ce créancier

⁸¹¹ G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Peine privée ».

⁸¹² L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 10. L'auteur reconnaît toutefois immédiatement que ce seul critère est insuffisant et appelle des précisions (op. cit., p. 12), ce qui le conduit à présenter la peine privée comme celle profitant directement à la victime en se réalisant par les moyens du droit civil (op. cit., p. 15 et 17) ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 4, op. cit., n° 510 ; J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, Paris, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 96, 1969, n° 176 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 223, Paris, 1992, n° 543 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 11 ; C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 135 : la peine privée se distinguerait de la peine civile en ce qu'elle profite directement ou indirectement à la victime ; A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 276 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de B. Fauvarque-Causson et de G. Dannemann, soutenue le 9 déc. 2015, n° 254.

⁸¹³ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 372. Sur la possibilité pour l'État d'être attributaire d'une astreinte civile : F. Guerschoun, « Astreinte », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Paris, 2017 (actualisation déc. 2018), n° 46.

⁸¹⁴ R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 2013, n° 75.

soit éventuellement une personne publique ne semble pas de nature à pouvoir invalider ce critère.

183. La peine publique peut bénéficier directement à la victime. Afin de démontrer l'insuffisance du critère de l'attribution de la sanction, il a été avancé que des sanctions pénales peuvent bénéficier de façon directe à la victime de l'infraction⁸¹⁵. Ainsi, certaines mesures de confiscation prévues par le Code de la propriété intellectuelle à titre de sanctions pénales complémentaires bénéficient à la victime des violations du droit de la propriété intellectuelle⁸¹⁶. Si l'existence de sanctions formellement pénales dont le produit est attribué à la victime ne peut qu'interpeller, la portée à accorder à cette remarque est incertaine. D'une part, la dimension indemnitaire de ces mécanismes⁸¹⁷ a conduit certains auteurs à en déduire un infléchissement des règles applicables aux sanctions pénales⁸¹⁸. D'autre part, les spécificités de ces confiscations ont pu conduire une partie de la doctrine à qualifier ces confiscations de peines privées⁸¹⁹. Cette qualification peut toutefois sembler fortement contestable⁸²⁰ concernant une peine complémentaire, laquelle a par principe une nature pénale.

Si la pertinence des arguments avancés pour dénier le caractère essentiel du critère de l'attribution du produit de la sanction apparaît incertain, il semble toutefois que celui-ci n'est pas à l'abri de toute contestation, ce qui invite alors à se pencher sur les justifications avancées à son soutien.

184. La nécessité de préciser le critère de l'attributaire. Quels arguments peuvent justifier la nécessité que le produit des peines privées soit attribué à la victime du comportement réprimé ? Cette interrogation n'a, à première vue, pas nécessairement lieu d'être. Si la peine privée se définit par son attributaire, ce simple critère peut *a priori* sembler

⁸¹⁵ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 373.

⁸¹⁶ CPI, L. 335-6, al. 3, L. 335-8, al. 4, L. 716-11-2, L. 716-13 (Version en vigueur au 1^{er} janv. 2018). Sur l'état du droit antérieurement à la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon : CPI, anc. art. L. 335-6, L. 335-7 et L. 716-14.

⁸¹⁷ L'ancien article L. 335-7 du Code de la propriété intellectuelle disposait ainsi expressément que les biens confisqués étaient « remis à la victime ou à ses ayants droits pour les indemniser de leur préjudice ».

⁸¹⁸ A. Beziz-Ayache, « Confiscation », *in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, octobre 2017, n° 34.

⁸¹⁹ Art. préc., n° 33 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, n° 277.

⁸²⁰ Ce d'autant plus que la possibilité pour la victime de conserver le produit de la confiscation prononcée sur le fondement des textes antérieurs à 2007 lorsque celui-ci excédait le montant de son préjudice ne semblait pas admise : A. Lucas, H.-J. Lucas, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, Paris, 3^e éd., 2006, n° 983.

se suffire à lui-même⁸²¹. Une justification est en réalité nécessaire. Le fait qu'un mécanisme présentant une finalité punitive profite directement à la victime apparaît en contradiction avec le fonctionnement habituel de notre système juridique, cela pourrait suffire à rendre nécessaire une explication de cette singularité. En outre, appliqué strictement, ce critère peut conduire à qualifier de peine privée un mécanisme formellement identifié comme pénal par le législateur⁸²².

2 – Le refus du critère de l'intérêt protégé.

185. La présentation du critère de l'intérêt protégé. Selon certaines analyses doctrinales, les spécificités des peines privées découleraient de l'intérêt que celles-ci visent à protéger. Il en va ainsi de la présentation réalisée par Monsieur JAULT. Si ce dernier définit la peine privée comme une sanction civile punitive « au profit exclusif de la victime »⁸²³, cette caractéristique découle, pour l'auteur, de ce que la peine privée constituerait la sanction d'une atteinte à un intérêt privé⁸²⁴, finalité qui permettrait « à elle seule, d'expliquer [l'] affectation du produit de la condamnation »⁸²⁵.

186. Un critère ancien. La distinction des peines privées et publiques en fonction de l'intérêt protégé n'est pas nouvelle. Elle trouverait en effet sa source d'inspiration dans la distinction qu'opérait le droit romain entre délits publics et délits privés⁸²⁶. Plus récemment, au milieu du XX^{ème} siècle, STARCK affirmait dans sa thèse que la séparation entre ces deux sanctions est claire, l'une n'intervenant qu'en présence d'un préjudice social, l'autre d'un dommage individuel⁸²⁷. L'auteur concevait toutefois la peine privée comme une

⁸²¹ M.-E. Roujou de Boubée, *Essaie sur la notion de réparation*, op. cit., p. 54. Pour l'auteur l'essence de la peine privée, et non sa conséquence, est de profiter à la victime.

⁸²² Cf supra, n° 183.

⁸²³ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 415.

⁸²⁴ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 273.

⁸²⁵ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n°276.

⁸²⁶ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 398 ; P.-F. Girard, réédition par F. Senn, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, Paris ; 8^e éd. 2003, p. 418 et s. ; J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », art. préc., p. 9. Sur les difficultés que posait cette distinction voir : J.-M. Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 39 et 57.

⁸²⁷ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 379 et s. ; Voir de façon plus nuancée : L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit. p. 95 : l'auteur indique que l'histoire « nous montre la peine privée particulièrement vivace dans [les] hypothèses où la lésion d'un droit individuel, sans s'élever à la hauteur d'une violation directe de l'ordre public, tend cependant à en compromettre le plus sérieusement les bases ».

sanction réparatrice, comme un supplément d'indemnité⁸²⁸. Cette analyse de la peine privée ne saurait donc être rapprochée de celles qui, tout en liant intérêt individuel et peine privée, retiennent de celle-ci une conception véritablement punitive⁸²⁹.

La caractérisation de la peine privée à travers la spécificité de l'intérêt protégé a été défendue avec force par Marcel CRÉMIEUX, lequel affirmait que la peine privée n'est pas commandée par la nécessité d'assurer l'ordre social mais l'ordre juridique privé⁸³⁰. La peine privée aurait alors vocation à intervenir lorsque la nécessité d'assurer le respect de l'ordre juridique privé conduit à attribuer à la victime autre chose que la simple réparation de son préjudice à des fins dissuasives⁸³¹, alors même qu'un trouble à l'ordre privé ne rejaillit pas sur l'ordre social⁸³².

187. Les atouts du critère. Cette conception de la peine privée présente des qualités indéniables. Offrant un critère de répartition *a priori* objectif, quoique potentiellement difficile à mettre en œuvre⁸³³, elle permet de justifier la caractéristique la plus immédiatement perceptible de la peine privée : son attribution à la victime⁸³⁴. À cela on peut ajouter qu'une telle conception est de nature à justifier le rattachement des peines privées à la responsabilité civile et à l'exclure du champ de la responsabilité pénale, le droit pénal protégeant par principe l'intérêt général ; alors que la responsabilité civile réalise un arbitrage entre les intérêts privés en présence⁸³⁵. C'est toutefois au niveau de son présupposé que cette présentation peut donner lieu à certaines critiques.

⁸²⁸ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, loc. cit. : l'auteur affirmait ainsi que la peine privée s'opposait à la sanction pénale par ses moyens, limités à la compensation en nature ou en valeur ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, op. cit., n° 513. Bien que M. JAULT cite l'ouvrage de DEMOGUE, il existe sans doute une différence de perspective importante entre les deux positions. En effet, dans l'ouvrage de DEMOGUE, la justification du caractère privé de l'intérêt protégé par la peine privée semble liée à la dimension indemnitaire de cette sanction (« Il nous semble plus exact de dire que la peine privée, considérée comme gain pour la victime se justifie plutôt dans les cas où l'indemnisation en argent n'étant qu'un palliatif imparfait aux ennuis, aux pertes soufferts par la victime, il est juste que cette indemnisation soit large, car c'est le moyen qu'elle soit suffisante »).

⁸²⁹ A. Jault, *La notion de peine privée*, passim.

⁸³⁰ M. Crémieux, art. préc., n° 8 et 13 ; Voir également : B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Introduction au droit*, Litec, Paris, 5^e éd, 2000, n° 92 : « [Les peines privées] sont prononcées en fonction d'un intérêt privé et non plus en considération de l'intérêt général » ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002, n° 525 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 41. L'auteur concède toutefois qu'en certains cas « la victime se voit allouer le bénéfice d'une sanction répressive, organisée en réalité pour protéger au-delà de l'intérêt de la victime l'intérêt public », ce qu'elle qualifie de peines privées *lato sensu* ; P. Nabet, *La peine privée en droit des assurances*, op. cit., 1986, not. n° 36.

⁸³¹ M. Crémieux, art. préc., n° 17.

⁸³² M. Crémieux, art. préc., n° 13.

⁸³³ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 399.

⁸³⁴ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 400.

⁸³⁵ B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1 ; C. Zolinsky, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », art. préc., n° 6.

188. Un intérêt difficilement réductible à l'intérêt privé⁸³⁶. L'intérêt défendu par les peines privées apparaît complexe. En plusieurs matières, comme le droit de la consommation ou le droit du travail⁸³⁷, ce sont des intérêts collectifs que la menace d'une peine privée vise à protéger⁸³⁸. Cette observation, si elle souligne les difficultés de mise en œuvre du critère avancé et peut faire douter de sa pertinence, ne suffit pas en elle-même à réfuter ce critère, l'intérêt collectif d'un groupe et l'intérêt social n'étant pas réductibles l'un à l'autre⁸³⁹. La critique est en réalité plus profonde. Dès lors que les peines privées assurent la protection de certains intérêts, il y a lieu de constater une discrimination entre ceux considérés dignes de protection et ceux qui ne le sont pas. La peine privée apparaît alors comme réprimant la violation d'une norme dont « l'intensité axiologique »⁸⁴⁰ est particulièrement importante. Or, force est de constater que « si le législateur prend le soin de protéger par une mesure répressive un intérêt particulier, c'est qu'il n'entend pas seulement réparer le préjudice subi, mais qu'il accorde une valeur sociale supérieure à cet intérêt »⁸⁴¹.

⁸³⁶ On peut, quoique cet élément n'emporte pas forcément la conviction, remarquer que les pays qui admettent le prononcé de dommages et intérêts punitifs rattachent ceux-ci à la défense d'un intérêt social. Par exemple, en droit américain trouve-t-on affirmé que « les *punitive damages* sont une forme d'amendes privées qui contribuent à l'effort de la société pour obtenir le niveau de respect du droit souhaité » (C. Vanleenhove, *Punitive Damages in Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2016, n° 58 : « Punitive damages are a form of private fines which contribute to society's endeavour to obtain the desired level of law enforcement »). La Cour Suprême des États-Unis a également affirmé, dans *BMW of North America, Inc. v. Gore*, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (1996) : « Punitive damages may properly be imposed to further state's legitimate interests in punishing unlawful conduct and deterring its repetition ». Certains états insistent cependant davantage sur la réaction à la violation des droits d'une personne privée : A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », in H. Koziol et V. Wilcox (dir.), *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, op. cit., p. 155 et s., n° 45 : « South Carolina maintains that such punishment serves to vindicate private rights through extra payment to the plaintiff for her injuries ».

⁸³⁷ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 180 et s.. Plus généralement, Suzanne CARVAL soutient que la responsabilité civile peut, en tant que peine privée, être un mécanisme au service de l'intérêt général. (op. cit., n° 137 et s.).

⁸³⁸ G. Viney, « Rapport de synthèse », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, art. préc. ; P. Grosser, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse dactyl, Paris I, 2000, n° 408 ; sur le caractère de peine privée des dommages et intérêts accordés aux associations : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 278, Paris, 1997, n° 312 et s. ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 188 et s. ; M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Environnement*, 2012/7, dossier n° 10, n° 4.

⁸³⁹ Voir notamment : M. Mekki, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 411, Paris, 2004, *passim*. Sur les difficultés à définir l'intérêt général voir également : D. Fenouillet, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à P. Catala*, op. cit., p. 487 et s., n° 26.

⁸⁴⁰ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 50.

⁸⁴¹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 279 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 293. Par ailleurs, on peut remarquer que la répression d'un comportement à seule fin de protéger un intérêt privé semblerait difficilement compatible avec l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 selon lequel : « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Voir également sur cette question : Y. Mayaud, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », art. préc., p. 484. Au sujet de la proposition de dommages et intérêts punitifs de l'article 1371 de l'avant-projet sous la direction de Pierre Catala, Monsieur MAYAUD écrit : « il s'agit de punir, sur le modèle du droit pénal, ce qui participe, non plus d'un dommage personnel, mais d'un dommage général ou collectif. Le droit de la responsabilité civile se fait le relais du droit pénal ».

Le fait même que la société juge un intérêt privé digne de la protection renforcée que lui confère la peine privée traduit la valeur sociale de cet intérêt⁸⁴². Les peines privées, *a minima* lorsqu'elles viennent sanctionner un comportement défini par le législateur, ne paraissent dès lors pas être l'instrument de protection d'un intérêt purement privé⁸⁴³.

On pourrait faire remarquer que la protection particulière d'un intérêt privé peut parfois se justifier par le caractère irrémédiable des atteintes qui y sont portées. La protection de l'intérêt nécessiterait alors d'aller au-delà de la simple réparation, dans la mesure où celle-ci n'est pas envisageable. L'argument ne convainc pas vraiment. Le fait même que l'atteinte à un intérêt soit irréversible justifie généralement que la société y prête une attention particulière⁸⁴⁴. Dès lors que la peine privée suppose une discrimination de certains intérêts privés par rapport aux autres il semble contestable que l'intérêt en cause puisse être purement privé, au moins lorsque cette discrimination est effectuée par une autorité ou un pouvoir public⁸⁴⁵.

189. L'absence de caractère déterminant de la poursuite par une personne privée. Il semble *a priori* tentant de lier la maîtrise par une personne privée des poursuites et le caractère privé de l'intérêt protégé par la sanction⁸⁴⁶. Une remarque semble toutefois nécessaire. Si l'exercice de l'action par la victime peut effectivement laisser penser que la sanction assure son intérêt propre – ne serait-ce que parce que l'article 31 du Code de procédure civile subordonne, par principe, l'action à un intérêt légitime – cet intérêt n'exclut

⁸⁴² B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 379.

⁸⁴³ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 312 : « La peine privée a pour fonction [...] de prévenir la commission d'actes antisociaux [...]. A l'inverse des dommages et intérêts compensatoires, elle n'est pas accordée en considération d'une perte qu'aurait subie la victime, mais en raison du bénéfice que la société tout entière retire de la dissuasion des fautes les plus graves ». Une conception différente semble avoir émergé dans d'autres systèmes juridiques. Ainsi, le droit américain admettrait une conception « interpersonnelle » des dommages et intérêts punitifs (M. Cappalleti, « Réflexions comparatives sur le rôle de la punition en droit de la responsabilité délictuelle », art. préc. I-B). Deux explications sont avancées à cette consécration : la reconnaissance d'un droit de vengeance privée et la protection d'un intérêt privé et non plus social. Cette présentation semble difficilement transposable au droit français. Alors que la première explication fait figure de véritable repoussoir (B. Starck, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 371 ; M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 9 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, n° 449 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 248 ; P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, *op. cit.*, n° 90 et s. ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 822 ; R. Libchaber, *L'ordre juridique et le discours du droit, Essai sur les limites de la connaissance du droit*, *op. cit.*, n° 142 ; Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », art. préc., *in fine*).

⁸⁴⁴ M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 2.

⁸⁴⁵ La peine privée reviendrait sinon à une consécration institutionnelle d'un droit de vengeance, analyse qui semble largement anachronique : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 377.

⁸⁴⁶ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 313. L'auteur fait en réalité découler la maîtrise par la personne privée des poursuites du caractère privé de l'intérêt protégé. Il convient toutefois ici de vérifier la réciproque : la maîtrise par la personne privée des poursuites implique-t-elle le caractère privé de l'intérêt protégé ?

pas nécessairement l'existence d'un intérêt social⁸⁴⁷. Certains auteurs ont ainsi considéré que la victime agit, relativement aux peines privées, comme un véritable « procureur privé »⁸⁴⁸. La partie privée exerçant l'action serait-elle motivée par la perspective d'un gain, le droit d'agir lui sera néanmoins reconnu pour la seule raison que son action servira l'intérêt social.

190. La peine privée ne se distingue pas de la sanction pénale par la défense d'un intérêt principalement privé. Il serait alors envisageable, si l'on admet que la peine privée ne saurait réprimer l'atteinte à un intérêt uniquement privé, de considérer que celui-ci est néanmoins largement prédominant au sein des normes sanctionnées d'une peine privée. Une telle approche s'avère toutefois difficilement défendable eu égard à l'importance croissante accordée à l'intérêt de la victime en droit pénal⁸⁴⁹, à tous les stades de la procédure pénale.

191. La prise en compte de l'intérêt privé en droit pénal. En dépit de la faculté du ministère public d'apprécier l'opportunité des poursuites⁸⁵⁰, la victime peut, en se constituant partie civile, déclencher indirectement l'action publique⁸⁵¹. Pour cela, la victime doit avoir « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »⁸⁵². Cette exigence conduit traditionnellement à refuser que la victime puisse exercer l'action civile dans le cadre d'infractions d'intérêt général, à savoir des infractions protégeant « uniquement l'intérêt général, et nullement un intérêt privé »⁸⁵³. Outre que le fait même de distinguer les infractions qui ne protègent qu'un intérêt général souligne que les autres infractions embrassent la protection d'intérêts privés⁸⁵⁴, cette théorie apparaît en recul, « la jurisprudence tendant à considérer [...] que la loi entend protéger tout à la fois l'intérêt général et les intérêts particuliers »⁸⁵⁵. Plusieurs mécanismes témoignent par ailleurs d'une attention de plus en plus prononcée accordée aux intérêts des victimes au stade des poursuites. On peut ainsi mentionner les alternatives à l'exercice de l'action publique par le ministère public, lesquelles supposent de pouvoir « assurer la réparation du dommage causé

⁸⁴⁷ Pour une comparaison avec les cas dans lesquelles l'exercice de l'action publique est subordonnée au consentement de la victime, *cf infra*, n° 191 et s..

⁸⁴⁸ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 193. Concernant le droit des affaires, voir : A. Couret, « Les figures du procureur privé », *D.* 2018.1545.

⁸⁴⁹ B. Paillard, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, *op. cit.*, not. n° 353.

⁸⁵⁰ CPP, art. 40 et 40-1.

⁸⁵¹ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1739 et s..

⁸⁵² CPP, art. 2.

⁸⁵³ S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1211 et 1268 et s..

⁸⁵⁴ S. Detraz, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, étude 10, n° 8 à 10.

⁸⁵⁵ *Ibid.*

à la victime »⁸⁵⁶. De même, les textes régissant la composition pénale envisagent expressément la question de la réparation du dommage subi par la victime⁸⁵⁷. Deux hypothèses retiennent particulièrement l'attention : la reconnaissance d'un effet au consentement de la victime à l'infraction pénale et l'existence de ce qui a été qualifié de « délits privés » qui concentrera nos interrogations.

192. Le consentement de la victime et l'infraction pénale. Par principe, le consentement de la victime n'exclut ni la constitution de l'infraction, ni la répression et n'empêche pas l'exercice des poursuites pénales⁸⁵⁸. Chacun de ces points connaît des exceptions. En certains cas, l'infraction suppose, dans son élément matériel, l'absence de consentement de la victime⁸⁵⁹. Dans sa thèse consacrée au consentement en matière pénale, Monsieur PIN souligne qu'en ce cas « le droit pénal protège alors avant tout un intérêt privé en présence d'une valeur disponible »⁸⁶⁰. Quand bien même la valeur protégée serait indisponible, le consentement pourra constituer une condition d'un fait justificatif par autorisation de la loi⁸⁶¹. De façon plus remarquable encore, alors que l'infraction aura été consommée et que le consentement de la victime ne constitue pas un fait justificatif, la plainte de la victime peut être érigée en condition d'exercice des poursuites pénales⁸⁶². On peut ainsi évoquer les atteintes à l'intimité de la vie privée⁸⁶³ ou les délits de diffamation et d'injure⁸⁶⁴. L'exigence d'un dépôt de plainte de la victime révèle une prise en compte renforcée dans le cadre du droit pénal des intérêts privés de la victime⁸⁶⁵ en présence

⁸⁵⁶ CPP, art. 41-1. Voir plus spécifiquement le 4° qui permet au ministère public d'inciter le délinquant à réparer le dommage causé plutôt que d'exercer l'action publique.

⁸⁵⁷ CPP, art. 41-2, al. 2.

⁸⁵⁸ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 36, Paris, 2002, n° 3 et n° 51 et s. ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 115 et s. ; F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, coll. « Sciences Criminelles », Paris, 2003, not. n° 31 et 41 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 36, 138 et 447 et s. ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général*, Armand Colin, Paris, 6^e éd., 2002, n° 277 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1206.

⁸⁵⁹ Il en est ainsi par exemple du vol, du viol, de la violation de domicile, de la séquestration ou encore des recherches ou essais cliniques sur une personne. F. Archer, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, op. cit., n° 357 ; X. Pin, « Le consentement a lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009/1 (n° 49), p 83 et s., spéc. p. 99 : « L'accord de la victime est alors un obstacle à la constitution de l'infraction ; le consentement n'est pas à proprement parler justificatif, il est *exclusif* de l'infraction » ; J. Pradel, *Droit pénal général*, op. cit., n° 543 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1206 ; Ph. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991.699, n° 7.

⁸⁶⁰ X. Pin, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., n° 56.

⁸⁶¹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 116 et 117 ; R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, op. cit., n° 474 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 449 et s..

⁸⁶² X. Pin, « Le consentement à lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., spéc. p. 92, note n° 3.

⁸⁶³ CP, art. 226-6.

⁸⁶⁴ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 48.

⁸⁶⁵ *Ibid.*. Adde : B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n° 220 et 772.

d'infractions causant un faible trouble à l'ordre public⁸⁶⁶. Cela dénote bien que l'intérêt protégé est peut-être davantage privé que public, car sinon pourquoi nier le droit d'agir au ministère public ? Ainsi, dès lors que les conditions de mise en œuvre de la répression de certaines infractions pénales traduisent un sacrifice de l'intérêt général face à l'intérêt privé de la victime, il est impossible de considérer que la peine privée se distingue de la peine publique par la spécificité de l'intérêt défendu.

193. L'identification d'un intérêt digne de protection par le juge. N'est-il toutefois pas artificiel de considérer que la peine privée traduit une importance particulière accordée à la norme qu'elle sanctionne ? Il est en effet largement admis que les juges peuvent, sous couvert d'appréciation discrétionnaire des préjudices extra-patrimoniaux, instrumentaliser la responsabilité civile afin de lui faire jouer le rôle d'une véritable peine privée⁸⁶⁷. La portée à accorder à ce constat doit pourtant être relativisée. S'il est vrai que le juge se détache parfois plus ou moins ostensiblement des solutions qu'aurait commandée la simple indemnisation du préjudice, certaines règles se révèlent plus propices que d'autres au prononcé de peines privées. On peut alors admettre que la décision du juge de prononcer une peine privée traduit l'identification par celui-ci d'une norme d'une importance particulière⁸⁶⁸. De plus, à supposer que les juges usent de cette faculté sans considérer l'importance de la règle à laquelle il a été portée atteinte, c'est alors l'importance de la faute, sa qualification, qui justifie le prononcé d'une telle sanction. La décision apparaît alors nécessairement détachée de l'intérêt particulier bafoué⁸⁶⁹.

194. Le rejet du critère de l'intérêt protégé. De quelque façon qu'on considère la question, le critère de l'intérêt protégé ne semble ainsi pas pouvoir constituer le « véritable critère »⁸⁷⁰ de la peine privée. La justification téléologique de la nécessité d'attribuer le produit de la peine privée à la victime n'étant pas satisfaisante, il semble alors nécessaire de chercher d'autres éléments permettant la distinction entre sanctions pénales et peines privées.

⁸⁶⁶ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 119 ; Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Procédure pénale*, Armand Colin, Paris, 3^e éd., 2001, n° 307 ; Nuançant la faiblesse de l'intérêt public en cause : B. Bouloc, *Procédure pénale*, loc. cit..

⁸⁶⁷ Cf. *infra*, n° 215.

⁸⁶⁸ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 50.

⁸⁶⁹ Sur la protection de l'intérêt général qu'opère la majoration judiciaire des dommages et intérêts : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 289.

⁸⁷⁰ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 398.

B – Les critères retenus.

195. L'exposé des critères. Une approche formelle doit être privilégiée. Deux critères ont pu être proposés en ce sens : un critère organique fondé sur la compétence du juge civil et un critère tiré de la nature de la norme sanctionnée⁸⁷¹. Le critère organique présente toutefois des faiblesses. Ces faiblesses font que si celui-ci peut être perçu comme un indice pertinent, il ne saurait constituer un véritable critère d'identification de la peine privée⁸⁷². Cela est visible concernant l'existence de l'action civile des victimes au pénal⁸⁷³ et particulièrement celle des associations ou syndicats⁸⁷⁴ ou encore la possibilité du prononcé de peines publiques par le juge civil⁸⁷⁵, au premier rang desquelles les amendes civiles.

196. La nature de la norme sanctionnée ne suffit pas à elle seule à caractériser la peine privée. C'est alors le critère de la nature de la norme dont la violation est sanctionnée qui doit retenir l'attention⁸⁷⁶. Celui-ci conduit à considérer que la peine privée se distingue de la sanction pénale en ce qu'elle sanctionne la violation d'une norme civile. Le mérite principal de ce critère est de permettre une distinction générale entre peine privée et sanction pénale, ce que ne permettrait pas nécessairement une définition de la peine privée purement fondée sur l'identité de l'attributaire. Selon Monsieur MAZABRAUD, le seul critère de la nature de la norme sanctionnée est suffisant pour identifier la peine privée⁸⁷⁷. Cette affirmation suppose néanmoins de considérer que l'amende civile ne constitue pas la sanction d'une norme civile⁸⁷⁸ ce qui, selon les critères mêmes que l'auteur propose, semble loin d'être évident⁸⁷⁹. Dès lors que l'amende civile peut-être perçue comme la sanction d'une norme civile, le critère proposé nécessite d'être précisé, au moins dans le cas où la sanction prend la forme d'une sanction pécuniaire.

⁸⁷¹ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 383 et s..

⁸⁷² Pour une critique ancienne de ce critère : L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 11, note n° 1.

⁸⁷³ M. Crémieux, *Réflexions sur la peine privée moderne*, art. préc., n° 12.

⁸⁷⁴ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 387.

⁸⁷⁵ M. Crémieux, *ibid.*

⁸⁷⁶ Pour une présentation plus détaillée de ce critère, *Cf supra*, n° 155 et s..

⁸⁷⁷ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 393.

⁸⁷⁸ *Ibid.*

⁸⁷⁹ *Cf supra*, n° 162.

197. Proposition de distinction. Le critère de l'affectation du produit de la sanction ressurgit alors⁸⁸⁰. Alors que l'amende civile est attribuée au Trésor Public, ou du moins à une personne publique ou parapublique déterminée indépendamment de sa qualité de victime, la peine pécuniaire privée bénéficie quant à elle à la victime⁸⁸¹. La peine pécuniaire privée apparaît alors comme la sanction pécuniaire d'une norme civile dont le produit est attribué à la victime. Il faudra cependant s'interroger sur le sens exact à accorder à cette spécificité. Cette question relève toutefois de l'analyse du caractère civil des peines pécuniaires privées⁸⁸².

§II – La peine privée et les autres sanctions civiles.

198. C'est principalement vis-à-vis des autres sanctions civiles que la doctrine s'est attachée à dégager des critères d'identification de la peine privée (B). Cette question se présente toutefois selon un jour bien différent selon qu'on considère que la peine privée présente ou non un caractère unitaire (A).

A – La conception mixte ou la conception unitaire des peines privées.

199. Si, en doctrine, deux présentations de la peine privée s'opposent (1), les solutions retenues ne semblent se rattacher parfaitement ni à l'une ni à l'autre de ces présentations (2), sauf à en adoucir certains aspects.

1 – L'opposition des conceptions mixte et unitaire.

200. Si la conception classique (a) de la peine privée présente sans doute certains défauts, il semble que les arguments en faveur d'une conception renouvelée de la peine privée ne soient pas non plus exempts de toute critique (b).

⁸⁸⁰ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 125 et s..

⁸⁸¹ Les auteurs mêmes qui contestent que l'attribution du bénéfice de la peine privée à la victime soit nécessaire concèdent que ce critère présente une certaine pertinence en matière de sanctions pécuniaires : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 278. HUGUENEY indiquait déjà que l'attribution du produit de la sanction est un critère plus sûr en présence d'une sanction pécuniaire que d'un autre type de sanction : L. HugueneY, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, p. 13 et 14.

⁸⁸² *Cf infra*, n° 244 et s., spéc. n° 310 et s..

a – La présentation de la conception classique de la peine privée.

201. Selon une conception classique, la peine privée constitue une sanction mixte, remplissant à la fois des fonctions punitive et indemnitaire⁸⁸³. Elle se présente alors comme « tout à la fois, répressive et réparatrice »⁸⁸⁴, comme un supplément d'indemnité⁸⁸⁵. Cette conception mixte de la peine privée apparaît largement majoritaire⁸⁸⁶. Une telle vision, selon certains, illustrerait les insuffisances d'une opposition rigide entre répression et réparation⁸⁸⁷, dans la mesure où répression et réparation peuvent se compléter l'une l'autre⁸⁸⁸. Si la réparation, lorsque son coût pèse sur le fautif, sera ressentie par lui comme une punition, certains auteurs ont pu considérer que la peine, lorsque son produit est attribué à la victime, pouvait également compléter la réparation, notamment lorsque le préjudice se révèle difficile à évaluer⁸⁸⁹.

b – Les difficultés d'une conception renouvelée.

202. La proposition d'une conception unitaire de la peine privée. À l'encontre de cette présentation, une analyse récente de la notion a défendu une conception unitaire de la peine privée⁸⁹⁰, détachée de toute finalité indemnitaire et centrée sur la seule fonction punitive. Au soutien de cette analyse, il est notamment avancé que les critères mis en œuvre pour distinguer réparation et peine privée dans la

⁸⁸³ L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, not. p. 81.

⁸⁸⁴ M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », *art. préc.*, n° 18.

⁸⁸⁵ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 393.

⁸⁸⁶ Voir par exemple : L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, *op. cit.*, p. 25 ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2016, n° 614 ; P. Nabet, *La peine privée en droit des assurances*, *op. cit.*, n° 30 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, n° 536 et s. ; P. Jourdain, « Rapport général », *art. préc.*, n° 1. L'auteur explique le caractère privé de la peine du même nom parce que le bénéfice de la sanction revient à la victime, participant souvent de son indemnisation.

⁸⁸⁷ M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », *art. préc.*, n° 2 ; B. Paillard, *La fonction réparatrice de la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 62 et s..

⁸⁸⁸ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 243.

⁸⁸⁹ P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, *art. préc.*, n° 9 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.*, n° 513 ; R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les Dommages et intérêts punitifs », *art. préc.*. Exprimant cette conception de la peine privée, l'auteur écrit « face à ces difficultés et incertitudes, la tentation est grande de préconiser des dommages et intérêts "punitifs" qui, par nature iraient au-delà de l'estimation du préjudice que l'on présuppose très (trop) stricte... On se dit alors que même si cette estimation est difficile, le préjudice dans sa réalité et sa totalité devrait être réparé grâce à l'octroi d'une "réparation" qui va clairement au-delà de son estimation selon les critères "normaux" ». *Contra* : A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 66.

⁸⁹⁰ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, *passim*. Voir déjà : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Paris, 1974, p. 50 et s..

conception classique seraient insuffisants⁸⁹¹ et que ses conséquences pratiques seraient nuisibles à l'efficacité et à la cohérence du mécanisme⁸⁹². À s'en tenir pour l'instant à ce dernier élément, les arguments sont principalement de deux ordres. D'une part, au stade des conditions de la peine, une conception mixte de la peine privée conduirait à ne pouvoir réprimer les comportements « incriminés » qu'en cas d'atteinte effective, ce qui nuirait à l'efficacité de la sanction. D'autre part, cette conception serait également problématique au stade de la mise en œuvre de la peine.

203. L'exigence injustifiée d'un préjudice. Dans l'analyse qu'il livre de la notion de peine privée, Monsieur JAULT considère que l'attribution d'une fonction réparatrice à la peine privée est de nature à rentrer en conflit avec les nécessités de sa fonction répressive⁸⁹³. La conception mixte de la peine privée conduirait, selon l'auteur, à considérer qu'une telle sanction ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'un préjudice, sans quoi la dimension indemnitaire de la peine privée ne serait qu'un effet possible de celle-ci. Limiter le recours aux peines privées aux cas de réalisation du préjudice apparaîtrait alors contestable par plusieurs aspects.

D'une part, cette exigence n'est théoriquement pas nécessaire. Ainsi, Madame ROUJOU DE BOUBÉE, après une critique des critères d'identification classiques de la peine privée⁸⁹⁴ a soutenu que la distinction entre peine privée et réparation ne saurait résulter que d'une différence de fondement, la peine privée trouvant son fondement unique et suffisant dans la faute⁸⁹⁵, alors que la réparation trouverait son fondement dans le dommage. Cette conception rejoindrait l'idée selon laquelle la peine privée sert une fonction strictement punitive⁸⁹⁶ et conduit en tout cas à admettre qu'une peine privée peut être prononcée en l'absence de préjudice⁸⁹⁷.

⁸⁹¹ Cf *infra*, n° 231 et s..

⁸⁹² A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 62 et s..

⁸⁹³ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 63.

⁸⁹⁴ Cf *infra*, n° 231 et s..

⁸⁹⁵ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 59 et 69 ; M. Jaouen, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, Paris, 2013, n° 155.

⁸⁹⁶ Sur le lien entre la fonction punitive de la peine privée et le fait que celle-ci trouve son fondement unique dans la faute : A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 114 et s..

⁸⁹⁷ Madame ROUJOU DE BOUBÉE indique d'ailleurs qu'« il n'est jamais nécessaire qu'il y ait préjudice pour justifier l'application d'une peine privée » (M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 66) ce qui s'oppose à l'affirmation selon laquelle la peine privée poursuivrait en toutes circonstances une finalité indemnitaire.

D'autre part, une telle exigence est de nature à diminuer fortement l'efficacité de la répression, interdisant de punir des comportements graves mais n'ayant pas causé de dommages⁸⁹⁸.

204. Une exigence incertaine. Cette critique est basée sur un postulat qu'il convient d'examiner. Elle suppose en effet qu'un mécanisme ne puisse avoir que des fonctions nécessaires, et non accidentelles. Or, si la fonction se distingue sans doute du simple effet en ce qu'elle est nécessairement recherchée, il n'est pas certain qu'un mécanisme doive toujours remplir l'ensemble de ses fonctions. Lorsqu'un mécanisme ou une notion se voit attribuer une pluralité de fonctions, la poursuite systématique de l'une d'entre elles ne paraît réellement nécessaire que lorsqu'elle participe de sa définition, de sa nature⁸⁹⁹. Ainsi, certains mécanismes qualifiés de peines privés semblent poursuivre une véritable fonction indemnitaire sans pour autant que celle-ci soit systématique.

205. Les peines privées remplissant de façon « accidentelle » une fonction indemnitaire. Tel est le cas des clauses pénales. Celles-ci, généralement qualifiées de peines privées⁹⁰⁰, sont couramment présentées⁹⁰⁰ comme poursuivant à la fois des fonctions comminatoire et punitive d'une part et indemnitaire d'autre part⁹⁰¹. La dimension indemnitaire des clauses pénales est particulièrement nette en ce qu'elles excluent par principe l'attribution de dommages et intérêts⁹⁰². Pourtant, aucun préjudice ne doit *a priori* être prouvé pour mettre en œuvre la clause et celle-ci peut

⁸⁹⁸ A. Jault, *La notion de peine privée*, *loc. cit.*.

⁸⁹⁹ Voir par exemple, concernant la nécessité pour un mécanisme relevant de la responsabilité civile de remplir une fonction indemnitaire, *supra* n° 123 et 128.

⁹⁰⁰ *Cf infra*, n° 300 et s..

⁹⁰¹ J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, p. 1158, spéc. p. 1160 ; P. Lemay, « La clause pénale en nature », *RTD com.* 2017.801, n° 2. Cette dualité se rencontre *a minima* lorsque les parties ont entendu, par une même clause, poursuivre des finalités indemnitaires et coercitives : F. Chabas, préface de la thèse de D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, p. XIV ; S. Carval, « Paiement de la clause pénale en l'absence de preuve du préjudice », *RDC* 2007, p. 749 ; *Com.*, 30 nov. 2010, n° 09-15.980 ; *Civ.* 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-12.848 : la clause « était stipulée à la fois pour le contraindre à l'exécution du contrat et comme évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice subi par le bailleur du fait de la rupture fautive de celui-ci » ; *Civ.* 1^{ère}, 19 juin 2008, n° 07-14.556 : « cette indemnité [...] était stipulée à la fois comme un moyen de contraindre l'emprunteur à l'exécution et comme l'évaluation conventionnelle et forfaitaire du préjudice futur subi par le prêteur [...] et constituait donc une clause pénale ». Sur la dualité de la clause pénale, voir déjà : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1932, n° 484.

⁹⁰² Cette règle résultait anciennement de l'article 1229 du Code civil. D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 15 ; G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2018, n° 690. Certains auteurs (C. Aubry, C. Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, LGDJ, Paris, 1902, 5^{ème} éd., § 309, spéc. p. 189 ; R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. VI, *op. cit.*, n° 473 ; pour une évocation plus générale de cette position : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 535) ont soutenu que la règle de non-cumul entre la clause pénale et la réparation était supplétive de volonté. En ce cas, et si une clause prévoyant la possibilité de cumul était stipulée, la dimension indemnitaire de la clause pénale sera bien plus contestable.

par principe être mise en œuvre alors même que l'inexécution contractuelle n'aurait, en pratique, causé aucun préjudice⁹⁰³. Il serait excessif d'en déduire que la dimension indemnitaire de la clause pénale en constitue un simple effet⁹⁰⁴. Les constats opérés au sujet de la clause pénale pourraient toutefois être remis en cause du fait des spécificités de celle-ci. La clause pénale se singularise en effet par son intervention dans un champ contractuel. Or, un mouvement doctrinal important, contestant la qualification de « responsabilité contractuelle » et son rapprochement avec la responsabilité extracontractuelle, a fait valoir que les dommages intérêts en matière contractuelle ne constitueraient pas une indemnisation du préjudice subi, mais une exécution du contrat par équivalent⁹⁰⁵. Dès lors, le demandeur n'aurait en ce domaine pas de préjudice à démontrer. Si cette présentation a pu être contestée⁹⁰⁶, spécialement dans le domaine des clauses pénales⁹⁰⁷, il semble néanmoins préférable de considérer plus largement les

⁹⁰³ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, p. 5. Voir par exemple : Civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065 ; O. Tournafond, « En cas de retard dans la délivrance de l'immeuble les acquéreurs ont droit, même s'ils n'en ont pas éprouvé de préjudice, au montant des indemnités qui leur ont été promises dans le contrat au titre de la clause pénale », *RDI* 2007.351, D. Bakouche, *JCP G* 2007, II 10024 ; S. Carval, « Paiement de la clause pénale en l'absence de preuve du préjudice », art. préc.. Voir déjà antérieurement : Civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, n° 91-19.540 ; J. Mestre, « L'existence d'un préjudice n'est pas une condition de mise en œuvre de la clause pénale », *RTD civ.* 1994.605.

⁹⁰⁴ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 123. Pour l'auteur l'ancien article 1229, al. 1^{er} du Code civil indiquait la fonction tenue par la clause pénale en présence d'un dommage, cette clause se substituant aux dommages et intérêts de droit commun. L'auteur indique toutefois que la clause n'en épouse pas la nature, ce qu'il faut sans doute comprendre comme indiquant que la clause pénale n'a pas un caractère strictement indemnitaire. Il ajoute qu'en cas de préjudice la peine assure une fonction réparatrice, mais que cette fonction n'étant pas nécessaire, elle ne participe de la qualification de la clause pénale (D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 600 [Voir cependant *op. cit.*, n° 461] ; Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2019, n° 17-31.665, O. Deshayes, « La stipulation de sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations », *JCP G* 2019, 363). Par ailleurs, le fait que le contrôle de l'excès de la peine privée se fasse par rapport au dommage peut sembler de nature à renforcer cette dimension indemnitaire (*Cf infra*, note n° 1250). On peut toutefois se demander si ce critère ne traduit pas plutôt une incertitude quant aux fonctions de la clause pénale ou quant au champ d'application de l'ancien article 1152 al. 2 du Code civil : *cf. infra*, n° 301.

⁹⁰⁵ Voir notamment : Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.323 ; Ph. Le Tourneau, « Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007.2180 ; Ph. Delbecq, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. dactyl., Aix-Marseille, 1981, sous la dir. de P. Bonassies, n° 23. Certains auteurs ont par ailleurs proposé de distinguer entre les dommages et intérêts poursuivant une finalité indemnitaire et ceux visant à réaliser une exécution par équivalent. Voir : Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, *op. cit.*, n° 253 ; J.-S. Borghetti, « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoire et les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016, p. 787.

⁹⁰⁶ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 81 et 82. Dans la théorie niant l'existence d'une responsabilité contractuelle, les dommages et intérêts contractuels rempliraient une fonction d'exécution par équivalent de l'obligation contractée, et non d'une « obligation secondaire » de réparer le dommage. Une difficulté se présente néanmoins dans la mesure où l'évaluation des dommages et intérêts se fait nécessairement en fonction du dommage subi. Certains auteurs ont alors proposé de résoudre la difficulté en démontrant que l'inexécution contractuelle cause nécessairement un préjudice. Denis TALLON écrivait ainsi « En matière délictuelle, [le préjudice] est primordial : c'est lui qui engendre l'obligation de réparation. En matière contractuelle, c'est seulement la mesure de l'inexécution par équivalent (sous réserve de la prévisibilité de l'article 1150) » (D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994.223, n° 16). Monsieur LAITHIER rappelle pourtant que l'inexécution contractuelle ne cause pas nécessairement de préjudice et qu'il incombe au demandeur de prouver celui-ci.

⁹⁰⁷ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 16, 18 et s.. L'auteur rejette la conception des auteurs considérant que les dommages et intérêts contractuels réalisent une exécution par équivalent de l'obligation contractuelle et affirme « l'autonomie de l'obligation créée par la clause pénale par rapport à l'obligation originelle et principale ».

mécanismes susceptibles de remplir une fonction indemnitaire sans que celle-ci leur soit consubstantielle. Tel semble particulièrement le cas lorsque le préjudice est déduit de la faute⁹⁰⁸.

206. Le préjudice déduit de la faute. Certaines solutions témoignent d'un infléchissement de l'exigence de preuve d'un préjudice pour engager la responsabilité civile de l'auteur de certaines pratiques. Tel semble particulièrement être le cas en droit de la concurrence ainsi qu'en matière d'atteinte à la vie privée. Les solutions retenues en ces domaines ont été interprétées par une partie de la doctrine comme illustrant de façon particulièrement nette la mise en œuvre de la responsabilité civile dans une optique répressive⁹⁰⁹, comme peine privée⁹¹⁰. Ainsi, en matière de concurrence⁹¹¹ comme en matière de vie privée⁹¹², la jurisprudence tend à assouplir fortement l'exigence de preuve du préjudice pour mettre en œuvre la responsabilité civile de l'auteur du comportement fautif, allant jusqu'à admettre qu'en ces domaines la seule faute ouvre droit à réparation. L'assouplissement de l'exigence d'un préjudice ne traduit cependant pas nécessairement le développement d'une logique de peine privée

⁹⁰⁸ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 247-3.

⁹⁰⁹ Voir par exemple : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 375.

⁹¹⁰ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 23 et n° 118 et s. ; A. Anziani et L. Bêteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 94 ; D. Chauvet, *La vie privée, étude de droit privé*, Thèse dactyl., Paris-Sud, sous la dir. d'E. Dreyer, soutenue le 5 septembre 2014, n° 392 et s., spéc. n° 395 ; A. Bénabent, « Rapport français », in *Les nouveaux moyens de reproduction, Papier, sonores, audiovisuels et informatiques*, Economica, Paris, 1988, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVII, p. 93 et s., spéc. p. 100 : « De nombreuses décisions retiennent le profit tiré par l'éditeur ou le diffuseur de la publication, procédé certes dissuasif mais s'écartant du préjudice réel » ; S. Schiller, « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », art. préc., n° 14 et 19 ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », art. préc., n° 3.

⁹¹¹ Com., 27 janv. 2009, n° 07-15.571, Y. Picod, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme – Centre de droit de la concurrence Yves Serra », *D.* 2009.1441 ; Com., 9 oct. 2001, n° 99-16.512, P. Jourdain, « Présomption de dommage et concurrence déloyale », *RTD civ.* 2002.304. L'auteur souligne qu'en « matière de concurrence déloyale, les condamnations revêtent toujours plus ou moins une finalité répressive qui conduit naturellement à minimiser le rôle du préjudice » ; Com., 22 févr. 2000, n° 97-18.728, M. Malaurie-Vignal, « La preuve du préjudice est-elle nécessaire dans l'action en concurrence déloyale ? », *CCC* 2000/5, comm. 81 ; Com., 29 juin 1993, n° 91-21.764, Y. Picod, « Agissements parasitaires de l'ancien agent commercial utilisant la marque du concessionnaire », *D.* 1995.211 ; Paris, 4^e ch. A, 24 mai 1995, M.-L. Izroche, « Agissements parasitaires constitués par l'imitation du slogan publicitaire d'un concurrent », *D.* 1996.252 ; Com., 9 févr. 1993, n° 91-12.258, G. Viney, « Responsabilité civile – Centre de droit des obligations de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne », *JCP G* 1993, I, 3727, n° 42 : l'auteur insiste sur la dimension de peine privée que cette solution confère à la responsabilité civile. L. Vogel, « En prouvant la faute, on prouve le préjudice », *CCC* 1993/3, comm. 49 ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », art. préc., n° 13 ; Pour un exposé global comportant des solutions plus nuancées : Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », art. préc., n° 130 et s. Les auteurs insistent sur le développement de solutions en matière de concurrence déloyale pouvant difficilement se rattacher à une finalité indemnitaire et laissant transparaître des idées punitives (art. préc., n° 255 ; B. Ménard, « Le dommage déduit de l'acte de concurrence déloyale. Quelle explication ? Quelle application ? », *D.* 2019.1549).

⁹¹² Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-14.798.

en droit de la responsabilité civile⁹¹³, ce que la multiplicité des analyses retenues pour expliquer le recul du dommage au sein des actions en concurrence déloyale illustre avec une netteté particulière⁹¹⁴. Si le rattachement de ces solutions à la responsabilité civile peut donner lieu à controverses⁹¹⁵, cette rupture semble en revanche plus facilement admise dans les cas où les peines privées ont été davantage institutionnalisées, comme par exemple en matière d'astreinte⁹¹⁶.

⁹¹³ Voir ainsi : A. Bascoulegue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, Aix-en-Provence, 2014, n°200. Voir également, concernant les différentes justifications possibles du « dommage partiellement objectif » : O. Berg, « Le dommage objectif », art. préc., spéc. p. 67 et 68. Certains auteurs ont par ailleurs analysé les solutions retenues en matière d'atteintes aux droits de la personnalité comme témoignant d'une évolution de la responsabilité vers la protection des droits subjectifs. G. Viney, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 56-2 : « il apparaît de plus en plus clairement aujourd'hui que l'idéologie des droits de l'Homme a pénétré très profondément la conscience collective, de sorte que les juridictions nationales sont tout naturellement portées désormais, lorsqu'elles constatent une atteinte à un droit qu'elles considèrent comme fondamental, à ordonner la cessation de cette atteinte et même à *indemniser la personne qui l'a subie, sans vérifier l'existence des conditions ordinaires de la responsabilité civile, notamment de la faute et du dommage* » (Nous soulignons). Détaché de l'idée de faute, le mécanisme ne saurait être rattaché à l'idée de peine privée. On peut par ailleurs se demander, alors que l'idée de faute tend à se confondre avec celle d'illicite, dans quelle mesure une atteinte à un droit subjectif, lequel est par hypothèse reconnu par le Droit objectif, peut ne pas être constitutive d'une faute (sauf en présence d'un droit subjectif contradictoire d'une égale ou plus grande valeur).

⁹¹⁴ Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2010 (actualisation févr. 2020), n° 15 et s. L'action en concurrence déloyale présenterait une pluralité de fondement (art. préc., n° 17), de finalités. Outre un but indemnitaire, l'action en concurrence déloyale aurait un aspect répressif « qu'il serait difficile de nier » (A. Pirovano, « La concurrence déloyale en droit français », *RID comp.* 1974.467, n° 3). Cependant, « l'évanescence de l'exigence d'une faute » (Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », *loc. cit.*) a conduit certains auteurs à chercher un autre fondement à l'action en concurrence déloyale. Ainsi un auteur a-t-il affirmé que l'évasion de l'exigence de préjudice s'expliquerait non seulement par une logique répressive, mais en certains cas par la « recherche d'un droit privatif sur la clientèle » (A. Pirovano, « La concurrence déloyale en droit français », art. préc., n° 5). Outre les critiques adressées par la doctrine à cette présentation, outre le fait que la jurisprudence se prononce ouvertement contre une analyse de l'action en concurrence déloyale sous l'angle des droits privatifs (Com., 3 oct. 1978, n° 77-10.915 : « l'action déloyale ayant pour objet d'assurer la protection de celui *qui ne peut, en l'état, se prévaloir d'un droit privatif* » [Nous soulignons]), cette analyse n'explique pas nécessairement le recul de l'exigence de dommage. Si la simple atteinte au droit de propriété permet sans conteste au juge d'ordonner la cessation de la situation créée en violation de celui-ci, il n'est pas évident qu'elle justifie à elle-seule l'octroi de dommages et intérêts punitifs (Sur cette question : cf. *infra*, note n° 918). Voir également sur cette question : A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun, op. cit.*, n° 75.

⁹¹⁵ Cf. *infra*, n° 310 et s.

⁹¹⁶ R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution, op. cit.*, n° 97 ; N. Cayrol, *Droit de l'exécution, op. cit.*, 2^e éd., n° 186 ; H. et L. Mazeaud, « Jurisprudence française en matière de droit civil, obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1960.86, spéc. p. 116 n° 28 ; voir déjà : Civ. 1^{re}, 20 oct. 1959, obs. D. Holleaux, *D.* 1959.537. En 1941 Paul ESMEIN écrivait déjà que pour rendre au système d'astreintes sa cohérence il fallait lui retirer toute idée de réparation : P. Esmein, « Les astreintes, leurs nouvelles applications », *GP* 1941, I doctr. p. 81. Cette rupture pourrait toutefois sembler nuancée du fait de certaines solutions conférant à l'astreinte une dimension indemnitaire : Civ. 3^{ème}, 29 avr. 2009, n° 08-12.952, R. Perrot, « Astreinte : liquidation d'une astreinte et réparation pour exécution tardive », *RTD civ.* 2009.575 : « le bénéfice de l'astreinte, évaluée en fonction de la mauvaise volonté du débiteur et dont on dit qu'elle est destinée à sanctionner une désobéissance à l'injonction d'un juge... tombe exclusivement sans l'escarcelle du créancier ! Comment un juge n'en arriverait-il pas à penser que le préjudice résultant de la tardiveté d'une exécution a déjà été réparé et qu'il serait anormal que, à raison d'une même faute, le créancier puisse passer deux fois au même guichet ? ». Voir déjà du même auteur : « Astreinte. Distinction avec les dommages-intérêts : est-il normal que l'astreinte soit une peine exclusivement privée ? », *RTD civ.* 2000.162.

207. Outre les atteintes à la vie privée et le droit de la concurrence, des solutions semblables⁹¹⁷ ont pu être rendues en cas de voie de fait⁹¹⁸, de violation de certaines obligations contractuelles de ne pas faire⁹¹⁹, ou d'atteinte à un intérêt collectif, notamment à l'environnement⁹²⁰. La tendance semble toutefois être à un certain recul des dommages regardés comme nécessaires. Une telle évolution s'observe en cas de

⁹¹⁷ Voir sur cette question : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, op.cit., n° 2121.12 ; L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », art. préc.. Une disparité dans le raisonnement des juges serait toutefois possible. Alors que, de façon générale, ceux-ci déduiraient, dans les situations envisagées, le préjudice de la faute, en certains cas des auteurs ont considéré que le préjudice et la faute étaient confondus. Tel serait le cas en matière d'atteinte aux droits de la personnalité (L. Cadiet, « Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité*, op. cit., p. 37 et s., spéc. p. 49). Sur le déclin de l'exigence de certitude du dommage : A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 53 et s..

⁹¹⁸ Dans une affaire où des travaux avaient commencé antérieurement à l'ordonnance d'expropriation, la Cour de cassation a affirmé « qu'indépendamment de préjudices particuliers dont il appartient aux demandeurs de justifier, la seule constatation d'une voie de fait ouvre droit à réparation » (Civ. 3^{ème}, 9 sept. 2009, n° 08-11.154. R. Hostiou, « Voie de fait et droit à réparation », *AJDI* 2010.329). Il n'est en revanche, et contrairement à certaines présentations (M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 375 ; L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », art. préc.), pas certains que l'atteinte au droit de propriété doive nécessairement entraîner l'octroi de dommages et intérêts, si cette atteinte n'a pas causé de préjudice particulier au propriétaire. On peut certes faire remarquer que si la cessation de la situation illicite permet de faire cesser l'atteinte pour le futur, il demeure que le propriétaire a été privé de l'exclusivité à laquelle il pouvait prétendre sur le bien. Faut-il pour autant nécessairement reconnaître au-delà de la mise en conformité un droit nécessaire à des dommages et intérêts ? Quelle réalité présenterait ainsi le dommage de celui sur le terrain duquel il a été empiété en sous-sol, en toute bonne foi, de quelques centimètres alors même qu'il n'utilisait pas le sous-sol et n'avait aucun projet d'aménagement retardé par l'empiètement ? Admettre que l'atteinte au droit de propriété porte en elle-même un préjudice indépendant du seul droit à la cessation de l'illicite revient alors à mêler la faute et le dommage, ce qui correspond plus à une logique de peine que d'indemnisation (Il est par ailleurs fréquemment affirmé que le propriétaire peut s'opposer à toute atteinte à son droit « y compris à celles qui ne lui causent aucun dommage [F. Cohet, « Accession », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, avril 2016 (actualisation oct. 2018), n° 132] ce qui semble bien sous-entendre qu'une atteinte au droit de propriété ne cause pas nécessairement un dommage). Si rien ne s'oppose alors techniquement à ce qu'une telle solution soit retenue, son opportunité apparaît en revanche contestable.

⁹¹⁹ Civ. 1^{ère}, 31 mai 2007, n° 05-19.978. La Cour de cassation a censuré une Cour d'appel ayant rejeté la demande de dommages et intérêts consécutive à la violation d'une clause de non-concurrence. La Cour d'appel avait considéré qu'« aucun préjudice consécutif n'était établi, et que la simple contravention à la clause ne saurait le constituer » ; S. Carval, « Violation d'une obligation de ne pas faire », *RDC* 2007, p. 1140, spéc. 1142. L'auteur voit dans cette solution une possible manifestation de l'idée de peine privée ; Ph. Pierre, « L'introduction des dommages-intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », art. préc., p. 1120. Sur les évolutions de la position des différentes chambres de la Cour de cassation concernant la nécessité de prouver un dommage en cas d'inexécution d'une obligation contractuelle, voir par exemple : J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations*, 3 : *Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 2015, 9^e éd., n° 227.

⁹²⁰ Cf *infra*, n° 456 et s.. La préservation de l'environnement relève certes *a priori* de l'intérêt général. Toutefois certaines associations se donnent pour objet de défendre des intérêts environnementaux et la Cour de cassation a pu affirmer : « la cour d'appel, qui en a exactement déduit que le non-respect des dispositions de l'arrêté préfectoral pris au titre de la réglementation des installations classées, en ce qu'il était de nature à créer un risque de pollution majeure pour l'environnement, et notamment pour les eaux et les sols, portait atteinte aux intérêts collectifs que les associations avaient pour objet de défendre, et que *cette seule atteinte suffisait à caractériser le préjudice moral indirect* (nous soulignons) de ces dernières ». Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, n° 10-15.500. M.-L. Demeester, L. Neyret, « Environnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, oct. 2013 (actualisation avril 2017), n° 71 ; P. Jourdain, « Action associative : la Cour de cassation retient une conception large du préjudice moral des associations de défenses de l'environnement », *RTD civ.* 2011.765 ; G. Forest, « Pollution : intérêt à agir des associations », *D.* 2011.2635 : « la consistance du préjudice mériterait au moins examen à ce stade, et qu'il est certainement excessif d'en reconnaître automatiquement l'existence. À moins, bien sûr, que l'on cherche à punir et non plus à réparer. Le but serait alors de sanctionner l'infraction commise par l'exploitant à la place ou en complément du droit pénal, la responsabilité civile n'étant, dans ce cas, que le moyen de cette répression » ; B. Parance, « Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », *D.* 2011.2635 : « s'il est certain que la responsabilité civile prend ici un visage répressif, cela est vrai pour toutes les réparations du préjudice moral que certains auteurs ont analysé comme une peine privée "clandestine" » ; Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, n° 1482.

stipulation d'une clause de non-concurrence illicite⁹²¹ ou de manquement du médecin à son devoir d'information⁹²². Si le droit du travail connaît un mouvement semblable⁹²³, la Cour de cassation a pourtant maintenu la théorie du dommage nécessaire en matière de préjudices causés par le licenciement d'une personne employée depuis moins de deux ans sans cause réelle et sérieuse⁹²⁴. Certes cette solution est antérieure à la modification de l'article L. 1235-3 du Code du travail qui encadre désormais toute indemnisation pour licenciement sans cause réelle et sérieuse entre un minimum et un maximum dépendant du nombre d'années dans l'entreprise. On peut toutefois penser que la solution rendue par la Cour de cassation n'a pas perdu tout intérêt dans la mesure où, en dessous d'un an dans l'entreprise, aucune indemnité minimale n'est fixée. De ces solutions d'origine jurisprudentielle, on peut sans doute rapprocher les cas dans lesquels, face à certains manquements, la loi elle-même prévoit une indemnisation minimale, comme c'est le cas en droit du travail pour certains licenciements frappés de nullité pour des causes particulièrement graves⁹²⁵.

⁹²¹ Alors que la chambre sociale de la Cour de cassation considérait que « la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle cause nécessairement un préjudice au gérant » (Soc., 9 janv. 2013, n° 11-26.418), celle-ci affirme désormais que « la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle est susceptible (Nous soulignons) de causer au gérant un préjudice » (Soc. 5 oct. 2016, n° 15-22.730 ; C.-E. Bucher, « Le préjudice causé au gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire du fait de la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle n'est plus présumé », L'ESSENTIEL Distribution et concurrence, 2017/1, p. 7 ; L. Drai, « Précisions sur les droits du gérant non salarié de succursale », *JCP S* 2016, 1402). Le caractère punitif de cette sanction, antérieurement au revirement, a pu être contesté au motif qu'il aurait constitué un cas de restitution consécutive à la nullité : L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute, art. préc.. Au soutien de cette affirmation, l'auteur invoque l'exonération qui était admise en cas de non-respect de la clause de non-concurrence.

⁹²² Après avoir absorbé le préjudice dans la faute, la Cour de cassation est revenue à une position plus orthodoxe : Civ. 1^{re}, 23 janv. 2014, n° 12-22.123. L. Leveneur, « D'importantes précisions sur le préjudice causé par le manquement du médecin à son devoir d'information », *CCC* 2014, comm. 86.

⁹²³ Soc., 13 avr. 2016, n° 14-28.293. Ph. Flores, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloz, S. Mariette, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2016.1588 ; G. Turpin, « Contentieux du travail – La fin de la présomption de préjudice ? », *JCP S* 2016, 1213. Sur les solutions traditionnelles en matière de dommage nécessaire en droit du travail, voir L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », art. préc..

⁹²⁴ Soc., 13 sept. 2017, n° 16-13.578. J. Mouly, « L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : l'"exception" du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Droit soc.* 2017.1074. Une autre spécificité concernant le mode de calcul du licenciement se rencontre lorsqu'un licenciement est réalisé en violation d'une liberté fondamentale d'un salarié. En ce cas, le salarié licencié, lors de sa réintégration, peut obtenir les salaires qu'il aurait dû percevoir pendant la période de licenciement, sans préjudice des revenus de remplacement éventuellement perçus pendant cette période. Voir en dernier lieu : Soc., 29 janv. 2020, n° 18-21.862.

⁹²⁵ Voir notamment : Code du travail, art. L. 1235-3-1 et L. 1235-11. Par ailleurs, jusqu'à une période récente, le licenciement sans cause réelle et sérieuse d'une personne employée depuis plus de deux ans par une entreprise de onze salariés ou plus donnait lieu soit à une réintégration du salarié dans l'entreprise, laquelle avait rarement lieu en pratique (A. Mazeaud, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 2000, 2^e éd., n° 521.) soit à une « indemnité, qui ne [pouvait] être inférieure aux salaires des six derniers mois » (Code du travail, ancien art. L. 122-14-4, al. 1^{er} [Pour le champ d'application de cet article voir : Code du travail, ancien art. L. 122-14-5] jusqu'au 1^{er} mai 2008 et Code du travail, ancien art. L. 1235-3 [Pour le champ d'application de cet article voir : Code du travail, ancien art. jusqu'au 24 sept. 2017]). Cette sanction a été, de façon remarquable, expressément qualifiée de peine privée par la Cour de cassation : Soc., 12 juin 2001, n° 99-41.571. Pour une critique de cette qualification : Ch. Masquefa, « Licenciement économique. Difficultés économiques. Niveau d'appréciation ... », *Droit social* 2001.894. Toutefois, ces sanctions peuvent éventuellement se voir opposer la même objection que les clauses pénales si on considère que la rupture irrégulière du contrat constitue un manquement contractuel. En cas de résiliation abusive d'un contrat à durée indéterminée, plusieurs décisions se fondent ainsi si l'ancien article 1147 du Code civil, donc sur le terrain contractuel. Voir par exemple : Com., 20 janv. 1998, n° 96-18.353 ; Civ. 3^{ème}, 3 févr. 2009, n° 08-10.253.

208. L'analyse des cas de présomption. Afin de restituer une certaine cohérence aux solutions rendues sur cette question, Madame GRATTON a proposé une grille de lecture des différentes décisions évoquées. Celle-ci consiste à distinguer les cas dans lesquels les juges déduisent le dommage de la faute et ceux dans lesquels ils déduisent un préjudice⁹²⁶, selon la distinction entre dommage et préjudice opérée par une partie de la doctrine⁹²⁷. Seul le second cas relèverait véritablement d'une idée de peine privée, le seul fait que le dommage soit déduit de la faute ne conduisant pas à tordre les mécanismes classiques de la responsabilité civile. Un des principaux mérites de cette présentation serait d'expliquer les solutions dans lesquelles les magistrats refusent l'indemnisation alors même que la faute aurait été commise dans un domaine où elle entraîne normalement automatiquement un dommage. La distinction du dommage et du préjudice conduit alors à considérer que le demandeur a un droit à indemnisation, les conditions de la responsabilité étant remplies, mais qu'au stade des effets de la responsabilité, la réparation par équivalent ne peut être mise en œuvre faute de préjudice prouvé. Cette présentation, si elle est théoriquement intéressante, ne correspond pas aux solutions retenues. D'une part, la jurisprudence ne semble pas, en ce domaine, retenir d'opposition entre dommage et préjudice. Ainsi, dans une affaire où une entreprise se voyait reprocher des actes de concurrence déloyaux, la Cour de cassation a rejeté l'indemnisation tout en affirmant que ces actes impliquent normalement un préjudice⁹²⁸, et non un dommage. D'autre part, lorsque les juges refusent l'indemnisation alors même qu'une faute a été commise dans un domaine où le dommage est normalement déduit de celle-ci, d'autres explications que la distinction du dommage et du préjudice semblent possibles. On peut en effet considérer que la

⁹²⁶ L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », art. préc..

⁹²⁷ J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés en droit de la responsabilité », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 145 et s., spéc. p. 153 et s..

⁹²⁸ La Cour de cassation avait considéré que si les faits de concurrence « déloyale, générateurs d'un trouble commercial, impliquent l'existence d'un préjudice (Nous soulignons), il en est autrement lorsque la cour d'appel, analysant les éléments de preuve qui lui sont soumis, retient, comme en l'espèce, que lorsque la société STTH a effectué les travaux litigieux, la société SERTM était en sommeil depuis 1985 et avait saisi la juridiction compétente d'une requête en cessation d'activité » (Com., 25 févr. 1992, n° 90-14.329). On peut rapprocher de cette décision les arrêts refusant d'indemniser au motif que si le préjudice est induit par la faute, il appartient au demandeur d'établir l'étendue de celui-ci (voir par exemple : Com., 10 janv. 1989, n° 87.11-498, Y. Serra, « L'action en concurrence déloyale suppose la preuve de l'étendue du préjudice », *D.* 1990.75). Au soutien de la distinction entre dommage et préjudice, il a été remarqué qu'il est étrange de considérer que la faute implique le préjudice tout en affirmant que la consistance du préjudice n'existe pas (L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », art. préc.). Cette lecture semble toutefois excessive. S'il est vrai que l'exigence de la preuve de l'étendue du préjudice conduit à neutraliser une grande partie de l'intérêt du lien établi en ce domaine entre faute et préjudice, la Cour ne se prononce pas sur l'absence d'étendue du préjudice, mais sur le non-respect par le demandeur d'une charge probatoire qui lui incombait.

présomption établie est une présomption simple, ou que des circonstances exceptionnelles justifient le rejet de la prétention⁹²⁹.

209. Conclusion sur la nécessité d'un dommage. Si l'on admet que l'ensemble des sanctions évoquées, ou du moins certaines d'entre elles, constituent des peines privées, l'analyse des fonctions de la peine privée appelle nécessairement une approche nuancée. Il ne fait aucun doute que ces sanctions ne remplissent pas systématiquement une fonction indemnitaire. Néanmoins, pour considérer qu'elles constituent systématiquement des peines privées détachées de toute fonction indemnitaire, il faut limiter la qualification de peine privée aux seuls cas dans lesquels aucun dommage n'a été subi, sauf à considérer qu'il y a alors juxtaposition au sein d'un même mécanisme d'une peine privée et d'une indemnité⁹³⁰. Concernant ces mécanismes, c'est ainsi soit leur qualification de peine privée soit les fonctions assignées aux peines privées qu'ils constituent qui sont variables. Or il ne serait pas compréhensible qu'un mécanisme destiné à réprimer un comportement en l'absence de dommage perde cette fonction du seul fait que le comportement a effectivement causé le tort que l'interdiction visait à prévenir. Il est indubitablement plus cohérent de considérer que ces mécanismes constituent toujours des peines privées, ce caractère étant particulièrement visible en l'absence de dommage car révélant que seule la fonction répressive est nécessairement poursuivie par les mécanismes en cause. Leur dimension indemnitaire peut toutefois difficilement être qualifiée de simple effet dans la mesure où la poursuite de ce rôle leur est intentionnellement dévolu. La critique dressée par Monsieur JAULT semble alors devoir être précisée. Elle ne s'applique en effet que si on considère que la peine privée mixte est celle qui remplit nécessairement, et non occasionnellement ou généralement, une fonction indemnitaire. Sous cette réserve, la critique émise par l'auteur semble justifiée.

⁹²⁹ Ainsi, concernant l'affaire précédemment évoquée dans laquelle le demandeur avait cessé toute activité antérieurement à la réalisation des pratiques, la solution retenue dans cet arrêt s'explique sans doute par ce que le demandeur ne pouvait pas avoir subi de préjudice, n'étant plus concerné par une atteinte au jeu normal de la concurrence dans le domaine considéré. Le fait que la faute induise un préjudice ne signifie pas pour autant que n'importe qui puisse en demander réparation. Sur cette question voir également : A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 214 et s..

⁹³⁰ Sur cette hypothèse, cf *infra*, n° 215.

210. Les difficultés de mise en œuvre liées à la conception mixte. À cette première critique, il faut ajouter que l'absence de distinction entre l'aspect indemnitaire et l'aspect répressif de la sanction, outre qu'elle serait de nature à empêcher la prise de conscience de la gravité de la peine par le condamné, faute de ventilation claire⁹³¹, soulève plusieurs difficultés techniques et pose notamment la question de l'assurabilité des sanctions⁹³². Si de nombreux auteurs considèrent que les peines privées, pour être efficaces, doivent être inassurables⁹³³, comment concilier, en dehors des cas de fautes intentionnelles ou dolosives, cette règle avec une conception mixte de la peine privée ? La réunion indistincte des deux fonctions ne semble laisser pour alternative que de soumettre la victime au risque d'insolvabilité de l'auteur de son dommage en interdisant totalement l'assurance de ces mécanismes ou à risquer de compromettre fortement la fonction répressive en admettant l'assurabilité totale du mécanisme⁹³⁴.

2 – Des solutions nuancées.

211. Une réception mitigée des conceptions antagonistes. Les arguments avancés au soutien d'une conception unitaire de la peine privée n'ont, semble-t-il, pas emporté une adhésion unanime⁹³⁵. Le rejet de cette conception tient notamment à ce que la présentation unitaire de la peine privée conduirait à une distinction trop tranchée, impropre à rendre compte de façon satisfaisante de mécanismes se situant dans un entre deux, entre réparation et répression. Une conception nécessairement indemnitaire des peines privées ne semble toutefois pas s'imposer, tant les défauts pratiques d'une telle conception semblent réels. Si, contrairement à certaines présentations, la conception

⁹³¹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 317. On peut toutefois noter de légères contradictions chez certains auteurs invoquant cet argument de façon trop prononcée. Ainsi, certains auteurs affirment tout à la fois que la responsabilité civile trouvait sa cohérence originelle dans la réalisation conjointe de la réparation, de la punition et de la prévention (voir par exemple : L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 524), alors même qu'une seule somme était prononcée et que « la sanction civile ne distinguant pas entre sa dimension rétributrice et sa dimension simplement compensatrice, elle est totalement dépourvue de portée dissuasive » (L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 544).

⁹³² A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 67 ; M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 19, Paris, 2006, n° 208.

⁹³³ Cf *infra*, n° 824 et s..

⁹³⁴ *Contra* : A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 97 : suivant la recommandation de Messieurs TERRÉ et SARGOS, les auteurs du rapport considère que le « coût des primes constituerait en lui-même un moyen de prévenir la commission des fautes lucratives » ; L. Perdrix, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, *op. cit.*, p. 327, n° 35.

⁹³⁵ Par exemple : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 243 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, *op. cit.*, n° 263.

nécessairement indemnitaire des peines privées ne s'illustre pas à travers un mécanisme aussi large que celui de la responsabilité pour faute (a), il semble difficilement contestable que la jurisprudence recourt parfois à de telles sanctions (b) dont la consécration légale demeure en revanche incertaine (c).

a – Une analyse erronée de la responsabilité pour faute.

212. L'analyse de la responsabilité pour faute subjective. Un auteur a pu faire remarquer que la responsabilité pour faute subjective se plierait mal à une catégorisation exclusive⁹³⁶, supposant à la fois la commission d'une faute et l'existence d'un dommage qui en découle.

Afin de trancher la question de la qualification de la responsabilité pour faute on a avancé que, dans la mesure où le *quantum* de la sanction correspond au préjudice subi, celui-ci constituerait le fondement de cette condamnation⁹³⁷, si bien que la responsabilité pour faute devrait être qualifiée d'indemnité.

Ces arguments ne convainquent toutefois pas Madame GRARE⁹³⁸. Considérant que la règle de mesure de la réparation, à savoir le principe de réparation intégrale, ne se rattache pas à une explication purement indemnitaire⁹³⁹, elle juge l'argument insuffisant et considère qu'il convient alors de rechercher les conditions nécessaires à la mise en œuvre de cette responsabilité. La responsabilité pour faute supposant une faute, un dommage et un lien de causalité entre les deux, l'auteur conclut à la qualification de peine privée mixte du mécanisme. Une certaine incertitude peut néanmoins entourer cette démonstration. S'il est vrai que la justification historique du principe tenait en partie à une explication punitive, le principe de réparation intégrale semble s'être, qu'on le critique ou qu'on l'approuve, largement détaché de cette justification. Surtout, ces désaccords traduisent une certaine incertitude quant à ce qui relève des conditions ou des fondements des dommages et intérêts.

⁹³⁶ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 159.

⁹³⁷ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 80 et s..

⁹³⁸ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *loc. cit.*.

⁹³⁹ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, n° 277 et s. ; voir déjà : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.* p. 400. De façon plus nette encore, l'idée de réparation punitive se rencontrait, en ancien droit, à travers la notion de « réparation civile » qui constituait, contrairement à son nom, une véritable peine civile : A. Deroche, « Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2016, p. 11 et s., spéc. p. 26.

213. Si l'on considère la responsabilité pour faute, quel rôle joue la faute ? Ainsi que le soulignait Madame GRARE, il est évident que la faute est requise. Cependant, à considérer la responsabilité civile dans son ensemble, la faute ne constitue que l'une des conditions possibles de la responsabilité civile, le seul fondement de celle-ci étant le dommage⁹⁴⁰. Ce n'est que lorsque la faute, simple ou qualifiée, est une condition *sine qua non* pour engager la responsabilité de certains individus que le raisonnement présenté par Madame GRARE pourrait réellement convaincre⁹⁴¹. L'idée selon laquelle la faute n'est requise, dans le cadre de la responsabilité pour faute, que comme condition technique et non comme un véritable fondement semble d'ailleurs sous-tendre la démonstration de Madame ROUJOU DE BOUBÉE. L'analyse se complexifie toutefois lorsqu'un mécanisme par principe indemnitaire voit son fonctionnement altéré afin de poursuivre une fonction punitive.

214. Les difficultés soulevées par une conception unitaire stricte. Les auteurs défendant une conception unitaire de la peine privée ont, logiquement, considéré qu'en présence d'un dommage il y a coexistence d'une peine privée et d'une mesure de réparation⁹⁴². Outre le cas dans lequel l'indemnité et la peine seraient prononcées séparément, cette analyse a particulièrement vocation à s'appliquer aux présomptions irréfragables de dommage⁹⁴³. Ne faut-il pas considérer que la peine privée se traduit par la somme prononcée même en l'absence de tout dommage effectif, l'indemnisation consistant, en cas de survenance d'un dommage, dans les sommes attribuées au-delà ? Il y a cependant une certaine artificialité à scinder ce qui a été prononcé comme un tout et qui est soumis au même régime. Incertaine dans ce cas, cette conception doit parfois être rigoureusement rejetée, notamment lorsqu'un mécanisme par nature indemnitaire est instrumentalisé de façon officieuse à des fins répressives, si bien qu'il paraît impossible de déterminer ce qui dans la sanction relève de l'aspect indemnitaire ou de l'aspect répressif. Ces altérations, qui sont souvent l'œuvre de la jurisprudence se produisent en de plus rares occasions à l'initiative du législateur.

⁹⁴⁰ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 48 et s ; P. Amselek, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, *op. cit.*, p. 134 et s..

⁹⁴¹ Sur cette question, voir *infra*, n° 224 et s..

⁹⁴² M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 67 : il y aurait « cumul, lorsque le préjudice existe, de la peine et de la réparation ».

⁹⁴³ *Cf supra*, n° 206.

b – Les manifestations jurisprudentielles de peines privées indemnitaires.

215. Les manifestations jurisprudentielles. Outre les règles relatives à la faute de la victime ou à la charge finale de la responsabilité⁹⁴⁴ qui sont fréquemment présentées comme des manifestations du rôle normatif de la responsabilité civile⁹⁴⁵, la dimension punitive des dommages et intérêts se traduit parfois dans leur montant. En dépit de l'affirmation répétée en jurisprudence selon laquelle la gravité de la faute est indifférente dans la fixation des dommages et intérêts⁹⁴⁶, les solutions retenues en certains domaines permettent d'affirmer que les sanctions prononcées constituent de véritables peines privées⁹⁴⁷. Il a, d'une part, été affirmé que les juges multipliaient les chefs de préjudices réparables pour faire jouer à la responsabilité civile un rôle de peine privée⁹⁴⁸. S'il est certain que cette multiplication conduit à alourdir la responsabilité civile, ce phénomène ne semble pas susceptible, à lui seul, de conférer à cette dernière le caractère d'une peine privée. La multiplication des chefs de préjudices réparables peut être rattachée à plusieurs objectifs⁹⁴⁹, notamment à l'amélioration de l'indemnisation des victimes. Ce n'est que dans le cas où les dommages et intérêts ainsi

⁹⁴⁴ Cf *infra*, n° 375.

⁹⁴⁵ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 8 à 10 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 168 à 182. Néanmoins, dans la mesure où ces sanctions ne profitent pas à la victime, l'auteur rejette la qualification de peine privée au profit de celle de peine civile (*op. cit.*, n° 173 et 182).

⁹⁴⁶ Voir par exemple : Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, *GP* 1962 II p. 233 ; Crim., 8 févr. 1977, n° 76-91.772 ; Crim., 19 mai 2009, n° 08-82.666. La Cour de cassation affirme dans ce dernier arrêt : « Attendu que le préjudice résultant d'une infraction doit être réparé dans son intégralité, sans perte ni profit pour aucune des parties ». Cette formulation peut sembler quelque peu maladroite dans la mesure où la situation du créancier n'est normalement pas prise en compte dans l'évaluation classique des dommages et intérêts, si bien que la réparation peut entraîner des pertes pour le défendeur ou laisser subsister au profit de celui-ci un éventuel profit.

⁹⁴⁷ Voir principalement : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, Partie I : l'auteur identifie plusieurs champs particulièrement propices à la mise en œuvre de peines privées. Envisageant dans un premier temps la peine privée au service de la protection de la personne humaine, elle envisage d'abord les fautes génératrices de dommages moraux, puis celles génératrices de dommages corporels. Au titre des fautes génératrices de dommages moraux elle envisage notamment les atteintes aux droits de la personnalité. Au titre des fautes génératrices de dommages corporels et matériels elle envisage la sanction des actes fautifs de pollution et évoque, en droit américain, le cas des atteintes à l'intégrité corporelle. Envisageant dans un second temps la peine privée comme permettant d'obtenir une moralisation de l'ordre économique, elle étudie l'utilisation de la peine privée dans les rapports de concurrence et comme moyen de protéger les contractants en situation d'infériorité économique. Voir également, sur l'emploi de la responsabilité civile comme peine privée en matière de concurrence ou de parasitisme : Ph. Le Tourneau, « Fasc. 228 : Parasitisme. Régime juridique », in *J-Cl. Concurrence – Consommation*, LexisNexis, juin 2017, n° 30 ; M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations*, 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis droit », Paris, 3^e éd, 2013, p. 425 et 426.

⁹⁴⁸ C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, n° 495. Selon l'auteur les juges contourneraient l'interdiction de prendre ouvertement en compte la gravité du comportement pour attribuer des dommages et intérêts à travers une multiplication des dommages réparables. R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, thèse dactyl., Université du littoral côte d'opale, sous la dir. de D. Fasquelle, soutenue le 6 juill. 2006, n° 615. L'auteur présente cette multiplication comme un moyen de sanctionner les fautes lucratives.

⁹⁴⁹ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op.cit.*, n° 2122.31.

prononcés ne correspondraient, dans leur principe ou leur évaluation, à aucun préjudice réel que ceux-ci pourraient être véritablement qualifiés de peine privée⁹⁵⁰.

216. D'autre part, le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond quant au montant des dommages et intérêts leur offre la possibilité de tenir compte de la gravité du comportement du fautif pour prononcer une sanction excédant ce que la responsabilité classique exigerait⁹⁵¹, à la condition que cette prise en compte ne soit pas avouée. Il ne s'agit pas alors simplement de l'effet punitif que présente l'obligation pour le fautif de réparer le dommage causé⁹⁵² mais bien d'une déformation des solutions qu'impliquerait une simple fonction réparatrice⁹⁵³.

Cette faculté s'exprimerait particulièrement en matière de préjudices extra-patrimoniaux, spécialement concernant le dommage moral⁹⁵⁴, du fait des difficultés évidentes que présente alors l'évaluation. Il semble excessif d'affirmer, ainsi qu'ont pu le faire certains auteurs, que les préjudices extra-patrimoniaux étant insusceptibles

⁹⁵⁰ La même remarque peut sans doute être faite s'agissant de l'assouplissement du lien de causalité. Si STARCK (B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 416) considérait que « les tribunaux disposent d'un autre moyen pour augmenter, dans un esprit de pénalité, le chiffre des dommages-intérêts. C'est celui que leur fournit l'imprécision de la notion de préjudice direct », la qualification de peine privée demeure pourtant incertaine.

⁹⁵¹ Voir par exemple : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 62 ; J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 1201 ; P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, art. préc., n° 7 ; A. Guégan-Lécuyer, *Domages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 472, Paris, 2006, n° 417 ; M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., n° 208 ; Th. Gisclard, « La nature des "dommages et intérêts" sanctionnant la contrefaçon. - À propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c. Stowarzyszenie Filmowców Polskich », *Propriété industrielle*, n° 5, Mai 2017, étude 15, n° 4 et 8 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, op. cit., n° 300. Pour une prise en compte ancienne et explicite de la fortune du fautif laissant penser à un caractère punitif de la responsabilité civile : Nancy, 9 déc. 1876, H. Groutel, « Aujourd'hui, c'était en 1876 », *RCA*, 2017/2, repère 2. *Contra* : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 123.

⁹⁵² M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 81 et 123 ; Pour un exemple intéressant illustrant cette conception on pourra mentionner le cas de l'indemnisation d'une perte de chance minime. À ce propos la Cour de cassation affirme « que la perte certaine d'une chance même faible, est indemnisable ». (Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 12-14.439 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 185, note 55. L'auteur souligne, et nuance, que certaines décisions ont pu revenir sur cette solution). Au soutien de cette solution, certains auteurs ont fait valoir qu'elle permettait l'expression de la fonction punitive de la responsabilité pour faute : S. Carval, « Réparation d'une perte de chance de 5% : est-ce bien raisonnable ? », *RDC* 2011, p. 83 (à propos de Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-15.594) ; M. Bacache, « La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *D.* 2013.619, n° 10.

⁹⁵³ *Contra* : A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n°114 et 127 et s. : « Pour qu'une sanction puisse être qualifiée de peine privée, il faut non seulement qu'elle réprime un comportement délictueux, mais aussi qu'elle reste indifférente à l'existence du préjudice que pourrait subir la victime ». Dès lors que certaines peines privées se traduisent par un détournement de mécanismes par principe indemnitaires, lesquels supposent dès un dommage pour pouvoir être prononcés, l'affirmation semble excessive. Ce n'est pas tant la sanction qui doit être indifférente à l'existence d'un préjudice que la qualification de peine privée qui est indifférente à une éventuelle fonction indemnitaire.

⁹⁵⁴ Voir par exemple : P. Kayser, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », in *Études J. Macqueron*, PUAM, Aix-en-Provence, 1970, p. 411 ; H et L. Mazeaud, *Traité théorique et pratique de la responsabilité*, op. cit., n° 2365 ; Ph. Stoffel-Munck, *L'abus dans le contrat*, op. cit., n° 300 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 60 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 13.

d'indemnisation ils constituent nécessairement un mécanisme répressif⁹⁵⁵. Cette affirmation semble fragile, ne serait-ce que parce que l'indemnisation des préjudices extra-patrimoniaux et plus particulièrement du préjudice moral est admise en présence de responsabilité sans faute⁹⁵⁶. Dès lors qu'on ne saurait concevoir de peine sans faute, il semble que si la réparation pécuniaire du préjudice moral apparaîtrait impossible, c'est une compensation, une satisfaction par équivalent, que vise en ce cas la responsabilité civile⁹⁵⁷. Si le prononcé de dommages et intérêts ne se justifie alors pas en lui-même par une idée de peine privée, le rôle que joue la gravité de la faute dans la détermination, à la hausse, des sanctions prononcées semble toutefois difficilement contestable⁹⁵⁸.

c - Des manifestations légales incertaines.

217. L'identification de peines privées d'origine légale poursuivant nécessairement une fonction indemnitaire peut se révéler difficile⁹⁵⁹. Cette situation se

⁹⁵⁵ J. Dupichot, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, op. cit., p. 170 et s. ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2 : Le fait juridique*, Sirey, Paris, 14^e éd, 2011, n° 140 ; G. Ripert, *La règle morale dans les obligations civiles*, op. cit., n° 181. Du même auteur pour une position légèrement plus nuancée : « Le prix de la douleur », *D.* 1948, Chron. 1.

⁹⁵⁶ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 390 et 391 ; J. Cédras, « Sans préjudice d'affection », art. préc., spéc. p. 233 ; P. Esmein, « Peine ou réparation », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier : Théorie générale du droit et droit transitoire*, op. cit., p. 37 et s. ; F. Chénédé, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 501. À cela on peut ajouter que la barémisation *de facto* d'un certain nombre de préjudices moraux conduit à réduire la prise en compte du comportement du fautif dans la détermination de ces préjudices. Le fait que la responsabilité sans faute ne puisse exprimer une fonction punitive n'empêcherait toutefois pas systématiquement la responsabilité civile de jouer un rôle dissuasif en ce cas : Ph. Malaurie, « L'effet prophylactique du droit civil », art. préc., n° 15.

⁹⁵⁷ X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 415, Paris, 2004, n° 99 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit. n° 21.

⁹⁵⁸ *Ibid.* Cet aspect est d'autant plus sensible que les chefs de dommages et intérêts accordés en raison du préjudice moral se sont multipliés, aboutissant à un ensemble difficilement compréhensible sous l'angle de la réparation : J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015.443. *Contra* : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 124 et s. L'auteur fait valoir que le fondement de la condamnation se trouve dans le préjudice et que l'augmentation éventuelle du montant des dommages et intérêts alloués tient à ce que le préjudice moral subi s'accroît avec la gravité de la faute (ce qui peut rappeler les *aggravated damages* du droit anglais). En revanche lorsque le préjudice moral est inhérent à l'acte illicite l'auteur considère qu'il s'agit véritablement d'une peine privée (op. cit., p. 129).

⁹⁵⁹ Une des manifestations légales les plus évidentes de peine privée remplissant à la fois des finalités indemnitaires et punitives consiste, selon une analyse classique, dans les recels successoraux et communautaires. Toutefois la conception retenue de la sanction pécuniaire place ces mécanismes hors du champ de cette étude. Par ailleurs on peut penser que la fonction indemnitaire tient tout entière dans le retour du bien dans le partage communautaire ou successoral et que l'éviction de celui qui a voulu distraire un bien remplit une fonction purement punitive. Il a de plus été avancé que l'action en responsabilité pour insuffisance d'actif constituerait une « manifestation[...] législative[...] de la fonction punitive » de la responsabilité civile : A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, op. cit., n° 347. Certaines réserves peuvent néanmoins être émises. D'une part, les caractéristiques du mécanisme semblent principalement indemnitaires, ce que reconnaît d'ailleurs l'auteur. Le fait que les conditions d'engagement de la responsabilité soient facilitées tant concernant le responsable que concernant le lien de causalité ne présume pas nécessairement de ce point de vue de la finalité poursuivie par l'action. D'autre part, l'argument tiré de l'inclusion du mécanisme dans un chapitre consacré aux sanctions ne semble pas décisif, les dommages et intérêts constituant généralement

comprend d'ailleurs, dans la mesure où c'est généralement la rupture avec les principes indemnitaires, spécialement l'absence d'exigence de dommage⁹⁶⁰, qui conduit les auteurs à qualifier les mécanismes en question de peine privée. De ce fait, lorsque les sanctions n'apparaissent pas manifestement détachées d'une finalité indemnitaire, la qualification de peine privée apparaît plus incertaine. Dans la recherche de mécanismes légaux constituant des peines privées mixtes, deux sortes de difficulté semblent alors identifiables. Lorsqu'un mécanisme est incontestablement admis comme constituant une peine privée, la démonstration de son caractère indemnitaire sera généralement difficile (i). À l'inverse, lorsqu'un mécanisme présente incontestablement une fonction indemnitaire, c'est la qualification de peine privée qui peut soulever des difficultés (ii).

i – Les incertitudes quant à l'existence d'une fonction indemnitaire nécessaire.

218. La difficile identification d'une fonction indemnitaire nécessaire. En présence d'un mécanisme d'origine légale dont la qualification de peine privée est généralement admise, la dimension indemnitaire du mécanisme risque de s'effacer. Tel est par exemple le cas de la sanction prévue à l'article L. 113-8 du Code des assurances, lequel dispose qu'en cas de fausses déclarations ou de réticences intentionnelles de la part de l'assuré, le contrat d'assurance est nul. Cette nullité n'entraîne toutefois pas la disparition rétroactive de tous les effets du contrat. En effet « Les primes payées demeurent alors acquises à l'assureur, qui a droit au paiement de toutes les primes échues à titre de dommages et intérêts »⁹⁶¹. Ce mécanisme, classiquement qualifié de peine privée⁹⁶², semble se voir assigner, d'après la lettre même de l'article, une fonction indemnitaire. Cette indemnité présenterait alors manifestement un caractère forfaitaire.

une sanction au sens large, à savoir une réaction juridique au manquement à une règle de droit. Enfin, il convient de remarquer que la gravité de la faute n'est pas prise en compte pour établir le montant des sommes mises à la charge du dirigeant : Com., 28 mars 2000, n° 97-17.834 ; Com., 2 mai 2001, n° 98-14.146.

⁹⁶⁰ Cf *supra*, n° 206.

⁹⁶¹ Code des assurances, art. L. 113-8, al. 2.

⁹⁶² Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 14^{ème} éd., 2017, n° 382 ; L. Huguency, « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, t. II, LDGJ, Paris, 1950, p. 249 et s., spéc. p. 254 ; P. Nabet, *La peine privée en droit des assurances*, *op. cit.*, n° 48. Le caractère de peine privée de cette sanction paraît difficilement contestable. On peut en revanche douter de la qualification de sanction pécuniaire civile au sens de la présente étude. Bien que cette sanction concerne nécessairement des sommes d'argent, elle ne constitue pas à proprement parler en une sanction libellée en unité monétaire mais en la paralysie du droit à restitution d'une des parties.

219. On peut toutefois se demander si le mécanisme en question constitue réellement une indemnité, voire s'il peut poursuivre une fonction indemnitaire occasionnelle. Dans la mesure où les primes resteront acquises à l'assureur dès lors que les déclarations intentionnellement erronées ont modifié l'opinion que celui-ci pouvait se faire du risque, il faut que cette seule représentation faussée induise un dommage pour l'assureur. Le contrat étant frappé de nullité, l'obligation de garantie de l'assureur disparaît rétroactivement, si bien qu'il pourra récupérer toutes les indemnités éventuellement versées pour des sinistres antérieurs. De plus, cette nullité est généralement opposable aux tiers⁹⁶³. En quoi consiste alors le dommage ? On pourrait tout d'abord envisager qu'il réside dans le risque ayant pesé sur l'assureur, le calcul des primes ayant été faussé, de couvrir un risque trop important par rapport aux primes perçues. Le simple fait d'avoir été exposé à un risque qui ne s'est pas réalisé ne constitue toutefois pas un préjudice indemnisable⁹⁶⁴. Certes en d'autres cas l'assureur paiera faute d'avoir découvert l'inexactitude des déclarations de l'assuré. Cependant la fonction indemnitaire paraît alors exclue, pour les mêmes raisons qu'elle avait été contestée au sujet des « amendes mixtes »⁹⁶⁵. Le dommage invoqué ne pouvant par ailleurs consister en une perte de chance de réaliser un gain dans le cadre du contrat annulé⁹⁶⁶, il est théoriquement possible qu'il consiste en l'indemnisation de l'intérêt négatif : frais de conclusion du contrat et perte de chance de conclure un contrat plus équilibré. Toutefois en pratique le fonctionnement des entreprises d'assurance, qui repose, par définition, sur la conclusion d'une pluralité de contrats, risque de rendre purement théorique la perte de chance de conclure un autre contrat. Seul reste alors le préjudice, souvent bien maigre, que constituent les frais de conclusion du contrat.

⁹⁶³ V. Nicolas, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, coll. « Corpus droit privé », Paris, 2012, n° 361 ; Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 381. Une exception mérite d'être soulignée. L'article 209 de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises a créé un article L. 211-7-1 du Code des assurances. Cet article dispose qu'en matière d'assurance de véhicule terrestre à moteur la nullité du contrat n'est pas opposable à la victime. L'assureur bénéficiera certes d'un recours contre le responsable de l'accident, mais il supportera alors son risque d'insolvabilité.

⁹⁶⁴ Voir par exemple : P. Jourdain, « Action associative : la Cour de cassation retient une conception large du préjudice moral des associations de défense de l'environnement », art. préc. : « si la jurisprudence n'hésite plus à déduire un préjudice de l'existence d'un risque avéré de dommage, c'est à de strictes conditions. Encore faut-il en effet que ce risque soit sérieux et, semble-t-il, persiste au jour du jugement ». Dans une affaire où une sonde cardiaque défectueuse avait été posée à un patient puis retirée avant toute réalisation du dommage, la Cour de cassation avait certes laissé ouverte l'indemnisation du préjudice moral lié à l'angoisse du patient (Civ. 1^{re}, 19 déc. 2006, n° 05-15.719. C. Radé, « Sondes cardiaques défectueuses », *RCA* 2007/2, comm. 64 ; P. Jourdain, « Comment traiter le dommage potentiel », art. préc., n° 19), lequel avait par la suite été retenue par la cour d'appel de renvoi, mais la victime avait dans ce cas été consciente du risque avant que celui-ci ne disparaisse.

⁹⁶⁵ *Cf supra*, n° 42.

⁹⁶⁶ Y. Lequette, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz, Paris, 2011, p. 363 et s., spéc. n° 18.

220. L'incertitude entourant les cas de majoration légale. En quelques occasions, la loi prévoit expressément une augmentation des indemnités normalement applicables. Tel est notamment le cas des sanctions édictées aux articles L. 211-13 et L. 211-17 du Code des assurances⁹⁶⁷. Le premier de ces textes prévoit qu'en cas de retard dans l'offre d'indemnité que doit faire l'assurance à la victime d'un accident de la circulation l'indemnité produite de plein droit intéresse au double du taux légal. Le second de ces textes fixe un délai dans lequel l'assureur doit payer à la victime les sommes convenues. En cas de non-respect par l'assureur de ce délai, les intérêts légaux sont majorés de 50% dans un premier temps, puis doublés. Si on admet que les dommages et intérêts moratoires au taux légal en cas de retard dans l'exécution d'une obligation monétaire correspondent à l'indemnisation normale de la privation d'une somme d'argent à laquelle le créancier avait légitimement droit⁹⁶⁸, les dispositions évoquées paraissent se détacher de la poursuite d'une simple finalité indemnitaire. Certes, toute majoration du taux d'intérêt légal ne correspond sans doute pas à la poursuite d'une fonction punitive. L'esprit des articles L. 211-13 et L. 211-17 du Code des assurances ne semble toutefois pas équivoque. La somme prévue au premier de ces textes, qui est expressément qualifiée de pénalité, peut-être réduite par le juge si l'assureur prouve des circonstances justifiant le retard qui ne lui sont pas imputables, ce qui met particulièrement en lumière la dimension répressive du texte⁹⁶⁹. Concernant la sanction prévue à l'article L. 211-17, l'augmentation progressive du taux semble également correspondre à la poursuite d'un but coercitif et répressif. Toutefois ces pénalités ne constituent pas nécessairement un exemple de sanctions à la fois punitives et indemnitaires : dès lors que celles-ci sont fixées par une multiplication du taux assurant normalement la fonction d'indemnisation, l'analyse de Madame ROUJOU DE

⁹⁶⁷ On peut également penser au taux fixé pour les indemnités de retard à l'article L. 441-6, I, al. 8 du Code de commerce qui ne peuvent être abaissées par disposition conventionnelle à « un taux inférieur à trois fois le taux d'intérêt légal ». Sur les difficultés d'analyse de ces intérêts : F. Gréau, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, coll. « Collection de Thèses », t. 21, Paris, 2006, n° 9 et 156 et s., spéc. n° 162. Sur la révision du mode de calcul du taux d'intérêt légal pour tenir compte des difficultés effectives de refinancement : « Non-respect des délais de paiement dans les relations entre professionnels : durcissement des sanctions », Cahiers de droit de l'entreprise 2014, prat. 28. Voir également pour un mécanisme similaire : Loi n° 89-462 du 6 juillet 1989 tendant à améliorer les rapports locatifs et portant modification de la loi n° 86-1290 du 23 décembre 1986, art. 22, al. 7.

⁹⁶⁸ Sur les caractères des dommages et intérêts moratoires, voir notamment : S. Carval, « Paiement de la clause pénale en l'absence de preuve du préjudice », art. préc., spéc. p. 750 et « Les intérêts compensatoires », *D.* 2017.414. Pour une analyse des dommages et intérêts moratoires voir : Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, n° 325 et s., spéc. n° 334 à 336. Voir toutefois : B. Mazabraud, *La peine privée, aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 505 et s., spéc. n° 510.

⁹⁶⁹ M.-C. Lambert-Piéri, « Responsabilité : régime des accidents de la circulation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2010 (actualisation : mars 2018), n° 432 et s..

BOUBÉE, selon laquelle il est possible de distinguer au sein d'une même somme entre ce qui relève de la peine privée et ce qui relève de l'indemnisation⁹⁷⁰, semble applicable⁹⁷¹.

221. Il est également contestable de qualifier de peine privée indemnitaire les cas dans lesquels le législateur impose, en présence de certains manquements, une « indemnisation » minimale⁹⁷². Sauf à démontrer que la présomption irréfragable de dommage à laquelle conduit cette règle est factuellement justifiée, ces mécanismes, alors même qu'ils sont rattachés par certains auteurs à la responsabilité civile, perdent incontestablement leur nature d'indemnité. Pouvant certes poursuivre, en présence d'un dommage avéré, une fonction indemnitaire, ils relèvent plus de la répression que de la réparation.

222. L'analyse de ces différentes sanctions révèle que l'existence de peines privées d'origine légale poursuivant nécessairement une fonction indemnitaire semble difficile à établir. L'idée même de peine privée indemnitaire légalement instituée n'est pourtant pas nécessairement à bannir. Tel serait notamment le cas d'une sanction prévoyant l'attribution d'une somme définie sans rapport au dommage, supposant une faute et, textuellement ou nécessairement, un dommage. Il est de plus permis de penser qu'alors même que la sanction serait fixée en fonction du dommage, elle constituerait une peine privée si l'indemnisation en question n'était admise qu'en cas de faute.

ii – Les incertitudes affectant la qualification de peine pécuniaire privée.

223. Concernant des mécanismes dont la fonction indemnitaire est certaine, c'est parfois la qualification de peine privée qui peut susciter l'interrogation. Tel est le cas lorsque la mise en œuvre de la responsabilité d'un individu est, dans certains cas, subordonnée, en tout ou partie, à la réalisation d'une faute, voire d'une faute qualifiée.

⁹⁷⁰ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 67.

⁹⁷¹ La même remarque s'applique aux rares cas dans lesquels les dommages et intérêts sont fixés à un multiple du préjudice : Cette hypothèse s'illustre par exemple à travers le cas ancien des dommages et intérêts multiples en matière de dommage causé à la surface par des travaux miniers : J.-S. Borghetti, « Punitive damages in France », art. préc..

⁹⁷² Cf supra, n° 207. Adde : L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, Paris, 1933, n° 65.

224. Faute et immunité. La situation de la responsabilité pour faute est particulière, dans la mesure où elle suppose de façon nécessaire un dommage et une faute, fondements respectifs de la réparation et de la punition. Pourtant, le fait que, dans une situation donnée, la responsabilité d'un individu puisse être mise en œuvre sur plusieurs fondements distincts incite à nuancer la position consistant à voir de façon générale dans la responsabilité pour faute un cas de peine privée⁹⁷³. L'analyse pourrait être différente lorsque la mise en jeu de la responsabilité d'une personne placée dans certaines situations est subordonnée à une faute, généralement d'une certaine gravité. Une telle restriction de la responsabilité correspond généralement à la volonté du législateur de favoriser certaines activités socialement utiles⁹⁷⁴. À titre d'exemple, depuis la loi du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé⁹⁷⁵, la responsabilité des accoucheurs et médecins obstétriciens est encadrée. L'alinéa 3 du I de l'article 1 de cette loi⁹⁷⁶ limite leur responsabilité vis-à-vis des parents à certains préjudices et à la commission d'une « faute caractérisée », afin de protéger cette profession socialement utile mais potentiellement génératrice de dommages extrêmement importants. L'idée sous-jacente aux levées d'immunité semble alors que les personnes profitant de telles immunités doivent mériter l'avantage qui leur est accordé⁹⁷⁷. Cette conception procède manifestement d'une logique de déchéance, ce qui pourrait conduire à qualifier les levées d'immunité de peines privées⁹⁷⁸.

225. Les aspects non répressifs des levées d'immunité. Toutefois, la levée d'une immunité de responsabilité ne relève pas toujours d'une logique répressive. Ainsi, l'article L. 141-1 du Code de l'organisation judiciaire limite, en principe, la

⁹⁷³ Cf *supra*, n° 213.

⁹⁷⁴ L. Morlet-Haïdara, « L'immunité des auteurs de fautes qualifiées », in O. Deshayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, Paris, 2009, p. 63 et s., spéc. p. 68 et s..

⁹⁷⁵ Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé.

⁹⁷⁶ Le I du texte a été codifié à l'article L. 114-5 du Code de l'action sociale et des familles.

⁹⁷⁷ Sur la dimension normative de la prise en compte de la faute au sein de la loi de 2002 voir : M. Mekki, « Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 2005/8, p. 3, n° 39 et 40.

⁹⁷⁸ Sur la qualification de peine privée des déchéances : F. Luxembourg, *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*. Éditions Panthéons-Assas, Paris, 2007, n° 626 et s.. L'auteur considère néanmoins que les déchéances se caractérisent par un fort rôle punitif et un faible rôle indemnitaire (*op. cit.*, n° 520) ce qui correspond mal aux mécanismes ici décrits. Voir également : Amiens, 5 sept. 2019, n° 18/00548 : « L'action en déchéance du droit aux intérêts [en cas d'absence d'indication du taux effectif globale annuel] n'étant pas une action en nullité, mais plutôt une peine privée, la prescription quinquennale de l'article 1304 ancien du code civil ne s'applique pas ».

responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux du service public de la justice aux cas dans lesquels une faute lourde ou un déni de justice ont été commis⁹⁷⁹. La suppression de l'immunité ne relève pas ici d'une visée répressive mais correspond à une simple pesée des intérêts en présence : ce n'est en effet pas la responsabilité du juge lui-même⁹⁸⁰, qui ne peut être engagée concernant les magistrats de carrière de l'ordre judiciaire que sur action récursoire de l'État⁹⁸¹ et concernant les juges occasionnels qu'en vertu de dispositions légales spéciales ou par une prise à partie⁹⁸², mais celle de l'État que permet de mettre en œuvre cette action.

226. Les aspects répressifs des levées d'immunité. La mise en œuvre de la responsabilité civile, lorsqu'elle est subordonnée à la commission d'une faute qualifiée, présente, à l'inverse et en certains cas, un caractère répressif extrêmement marqué. Tel est notamment le cas de la responsabilité des préposés depuis l'arrêt *Costedoat* rendu par l'Assemblée plénière le 25 février 2000⁹⁸³. À la suite de cet arrêt, la responsabilité du préposé a été fortement limitée⁹⁸⁴. Elle n'est pourtant pas réduite aux cas d'abus de fonctions⁹⁸⁵, cas dans lesquels la responsabilité du commettant du fait de son préposé n'a plus vocation à s'appliquer. En certains cas la responsabilité personnelle du préposé et la responsabilité du commettant du fait de son préposé trouveront à s'appliquer conjointement. En dépit de certaines incertitudes entourant la détermination de la faute excluant l'immunité du préposé⁹⁸⁶, il est certain que la responsabilité du préposé ne pourra être mise en œuvre qu'en présence d'une faute d'une certaine gravité. Celui-ci est, de plus, généralement protégé contre l'action récursoire du commettant⁹⁸⁷. La levée de l'immunité du préposé en ce cas correspond certes à une prise en compte des intérêts

⁹⁷⁹ Pour un panorama plus général, voir : L. Morlet-Haïdara, « L'immunité des auteurs de fautes qualifiées », art. préc..

⁹⁸⁰ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 72.

⁹⁸¹ Ord. n° 58-1270 du 22 décembre 1958, art. 11-1.

⁹⁸² Code de l'organisation judiciaire, art. L. 141-2 et CPC, art. 366-1 et s..

⁹⁸³ Ass. plén., 25 févr. 2000, n° 97-17.378 et 97-20.152, Ph. Brun, « Coupable et irresponsable », *D.* 2000.673 ; concl. R. Kessous et obs. M. Billiau, *JCP G* 2000, II 10295 ; G. Viney, « Responsabilité civile », *JCP G*, 2000, I 241, spéc. p. 1244 ; P. Jourdain, « Le préposé qui n'excède pas les limites de sa mission n'engage pas sa responsabilité envers les tiers », *RTD civ.* 2000.582 ; H. Groutel, « Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés », *RCA*, 2000 chron. n° 11 ; Ch. Radé, « Les limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt *Costedoat*) », *RCA*, 2000 chron. n° 22. Voir déjà Com., 12 oct. 1993, n° 91-10.864, G. Viney, « La responsabilité personnelle d'un préposé ne peut être recherchée s'il n'a pas outrepassé les limites de sa mission », *D.* 1994.124 ; obs. F. Chabas, *JCP G*, 1995, II 22493.

⁹⁸⁴ Si ce mécanisme n'est pas d'origine légale, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile envisage une consécration de ces solutions : art. 1249 al., 4.

⁹⁸⁵ M. Bacache, « L'immunité du préposé », in O. Deshayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, op. cit., p. 15 et s., spéc. p. 33 et 34.

⁹⁸⁶ Sur ce point voir : M. Bacache, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 324 et s., spéc. n° 327.

⁹⁸⁷ M. Bacache, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 307.

de la victime : la solution retenue par l'arrêt *Costedoat*, vivement critiquée par une partie de la doctrine⁹⁸⁸, conduit en effet à détériorer sa situation, notamment en cas d'insolvabilité du commettant. L'évolution de la jurisprudence conduit néanmoins à relativiser cette critique. La Cour de cassation admet en effet la mise en cause de l'assureur du préposé⁹⁸⁹. Or, cette mise en cause constitue, dans l'immense majorité des cas, la meilleure chance de la victime d'obtenir l'indemnisation de son dommage, si bien qu'on pourrait penser que les intérêts de la victime sont déjà préservés, ne conservant ainsi à la levée d'immunité qu'une fonction répressive⁹⁹⁰. Tel n'est pourtant pas nécessairement le cas. Une partie des fautes entraînant une perte de l'immunité du préposé constituent incontestablement des fautes intentionnelles⁹⁹¹, si bien qu'en ce cas l'indemnisation par l'assureur du préposé semble exclue⁹⁹². Certes, le champ de l'exception ne coïncide pas parfaitement avec la faute intentionnelle ce qui invite à penser que la prise en compte de l'intérêt qu'aurait alors la victime à disposer d'un débiteur supplémentaire ne constitue *a minima* pas la seule raison d'exclure, face à certaines fautes, l'immunité du préposé. Si la dimension répressive du mécanisme est particulièrement évidente⁹⁹³, la multiplicité de ses finalités empêche pourtant de le qualifier sans réserve de peine privée⁹⁹⁴, d'autant que le projet de réforme du droit de la responsabilité prévoit de subordonner la levée de l'immunité à la faute intentionnelle.

⁹⁸⁸ Obs. M. Billiau, *JCP G* 2000, II 10295 ; P. Brun, « Coupable et irresponsable », art. préc., n° 13 et s. ; G. Durry, « Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat : une hérésie facile à abjurer », in *Ruptures, Mouvements et continuité du droit, Autour de M. Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 549 et s..

⁹⁸⁹ Civ. 1^{re}, 12 juill. 2007, n° 06-12.624 et 06-13.790., P. Jourdain, « Responsabilité du préposé : une nouvelle extension des limites à l'immunité », *RTD civ.* 2007.135. L'arrêt est certes rendu sur le fondement de l'article L. 121-12, al. 3 du Code des assurances qui interdit le recours de l'assureur subrogé contre certaines personnes, notamment contre le préposé de l'assuré. Toutefois, ainsi que le fait remarquer Madame BACACHE, cet arrêt, rendu postérieurement à l'arrêt *Costedoat* ne peut se comprendre que si l'immunité du préposé est une simple immunité judiciaire : M. Bacache, « L'immunité du préposé », art. préc., p. 22 et s.. Dans le même sens : Ph. Stoffel-Munck, « Responsabilité civile », *JCP G*, 2008, I 125, n° 8. Dans le même sens mais relativisant la portée de cette interprétation : S. Porchy-Simon, « La portée de l'immunité civile du préposé à la lumière des recours entre assureurs », *D.* 2007.2908, n° 7 et s.. Pour une critique de la solution : C. Mangematin, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2014, n° 526.

⁹⁹⁰ Sur la nécessité de ne pas déresponsabiliser totalement le préposé, voir : M. Bacache, « L'immunité du préposé », art. préc., p. 19.

⁹⁹¹ Pour une synthèse et une présentation des implications normatives d'une telle solution, voir par exemple : P. Adam, « De la responsabilité civile du salarié », *Droit soc.*, 2018.465. Voir notamment : Civ. 2^e, 20 déc. 2007, n° 07-13.403 ; J. Mouly, « Le recours du commettant contre son préposé : où l'on voit que la compétence juridictionnelle peut préjudicier au fond du droit », *D.* 2008.1248, n° 3 ; J.-M. Sommer, C. Nicoletis, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008.648 ; H. Groutel, « Juridiction compétente pour statuer sur le recours du commettant contre le préposé », *RCA* 2008, comm. 50.

⁹⁹² Sur les débats concernant l'interdiction d'assurer les fautes intentionnelles ou dolosives : J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2014, n° 1653 et s.. Il ne s'agit pas ici d'une application de l'article L. 121-2 du Code des assurances, lequel dispose que « L'assureur est garant des pertes et dommages causés par des personnes dont l'assuré est civilement responsable en vertu de l'article 1384 du Code civil, quelles que soient la nature et la gravité des fautes de ces personnes », dans la mesure où c'est bien l'assureur du préposé dont il est question ici.

⁹⁹³ Notamment : C. Mangematin, *La faute de fonction en droit privé, op. cit.*, n° 600 et s., spéc. n° 610.

⁹⁹⁴ La même analyse peut sans doute s'appliquer à la question de la responsabilité des dirigeants de personnes morales : cf *infra*, n° 391.

Cette exception correspondrait cette fois parfaitement au cas dans lequel les intérêts de la victime semblent menacés.

227. La faute et le déplaçonnement de la responsabilité civile. En certains cas, ce n'est pas la mise en œuvre de la responsabilité d'un individu qui est subordonnée à la réalisation d'une faute qualifiée mais la levée, en tout ou partie⁹⁹⁵, d'une limitation dont celui-ci bénéficie. Comme en matière d'immunités, les limitations de responsabilité⁹⁹⁶ découlent principalement de la volonté d'encourager certaines activités présentant un intérêt pour l'économie ou la collectivité⁹⁹⁷ et les déplaçonnements procèdent de la même façon d'une forme de déchéance⁹⁹⁸. L'analyse de certains mécanismes est cependant particulièrement complexe. Tel est notamment le cas de l'ancien article 1150 du Code civil, déplacé et enrichi à l'article 1231-3 du Code civil, concernant les dommages et intérêts contractuels. La nature des levées de limitation de responsabilité paraît, par certains aspects, incertaine⁹⁹⁹. Ainsi Madame ROUJOU DE BOUBÉE faisait-elle valoir que les levées de limitation en cas de faute intentionnelle ne sont pas instaurées dans une visée répressive mais sont une simple application du principe selon lequel la fraude et la mauvaise foi font obstacle aux règles de droit¹⁰⁰⁰. Elle considère par ailleurs que quand ces levées de limitation ont lieu pour faute lourde¹⁰⁰¹, sans pour autant résulter d'une simple assimilation de la faute lourde au dol, ce sont alors des considérations préventives qui justifient la mise à l'écart du plafond de responsabilité¹⁰⁰². L'auteur justifie cette analyse par la multiplication des cas dans lesquels le défendeur pourra se voir opposer la faute lourde de son préposé¹⁰⁰³. S'il faut admettre en ce cas que la dimension punitive du mécanisme semble largement remise en cause, on peut douter que ces solutions s'expliquent nécessairement par une finalité plus préventive que punitive. Le cadre essentiellement contractuel dans lequel

⁹⁹⁵ L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 453.

⁹⁹⁶ Sur ces hypothèses, voir : C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, n° 268 et s. ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 449 ; Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1996, n° 475.

⁹⁹⁷ L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 749.

⁹⁹⁸ L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 451.

⁹⁹⁹ L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 445.

¹⁰⁰⁰ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 108.

¹⁰⁰¹ Il faut toutefois souligner que, contrairement à ce qu'affirmait Madame ROUJOU DE BOUBÉE, les levées d'immunité en raison de la faute lourde de leur auteur ne se sont pas réellement généralisées : B. de Bertier-Lestrade, « Des fautes sans responsabilité », *LPA* 2005/17, p. 5 et s., n° 26.

¹⁰⁰² M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 118.

¹⁰⁰³ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 109 et s..

se développent les solutions envisagées par Madame ROUJOU DE BOUBÉE¹⁰⁰⁴ invite à se référer aux présentations livrées concernant la responsabilité contractuelle du fait des préposés. Une telle théorie est généralement rejetée dans la mesure où le fait que le commettant ait choisi d'exécuter le contrat par l'intermédiaire d'un de ses préposés est inopposable au cocontractant¹⁰⁰⁵. Concernant plus spécifiquement le déplaçonnement des indemnités, cette solution semble participer d'une prise en compte des intérêts des victimes, nécessairement affectés par la limitation, et ceux du contractant défaillant. Il n'est pas certain que la solution présente pourtant un caractère préventif particulièrement marqué dans la mesure où, que ce soit en matière contractuelle ou délictuelle, le commettant ne pourra pas opposer l'absence de négligence dans le choix du préposé ni la faute dans les directives lui ayant été données¹⁰⁰⁶. L'idée de prévention, au moins lorsqu'elle prend la forme particulière de la dissuasion par la menace d'une punition, n'a de sens que si celle-ci affecte une personne en mesure d'empêcher la survenance du risque.

228. Il ressort de ces développements que la qualification de peine privée de l'ensemble des cas dans lesquels la responsabilité est, en tout ou partie, subordonnée à la commission d'une faute, généralement qualifiée, n'est pas évidente. Si c'est le plus souvent une logique de déchéance qui préside aux levées d'immunité, il semble difficilement contestable qu'elles procèdent également d'une logique de conciliation des intérêts en présence si bien qu'il semble difficile d'identifier des manifestations légales de peines privées nécessairement mixtes.

229. Conclusion. Lorsque les peines privées s'incarnent dans des mécanismes par essence indemnitaires, l'existence de peines pécuniaires privées mixtes, dans le sens critiqué par Monsieur JAULT, semble indéniable. La présentation, développée notamment par Madame ROUJOU DE BOUBÉE, selon laquelle en présence d'un dommage il y aurait coexistence d'une peine privée et d'une indemnité, si elle rend délicate

¹⁰⁰⁴ Outre l'ancien article 1150 du Code civil, tel est également le cas de la convention de Varsovie du 12 octobre 1929, modifiée à La Haye le 28 septembre 1955 (et désormais de la convention de Montréal le 28 mai 1999), pour l'unification de certaines règles relatives au transport aérien international, qui assimile la faute intentionnelle ou inexcusable du transporteur et celle de ses préposés en ce qui concerne la levée des limitations de responsabilité.

¹⁰⁰⁵ Par exemple : G. Blanluet, « La responsabilité professionnelle du fait d'autrui », *LPA* 2001/137, p. 89, n° 3 : « Sur le terrain contractuel, on peut noter qu'au-delà du principe général de responsabilité contractuelle du fait d'autrui, qui n'est autre qu'une forme de sanction de l'inexécution du contrat ... ».

¹⁰⁰⁶ *Cf infra*, n° 373.

l'identification de mécanismes poursuivant à la fois des fonctions punitive et indemnitaire, ne l'exclut toutefois pas. Faut-il alors voir une peine privée indemnitaire dès lors qu'une seule somme est attribuée ; ou au contraire limiter cette analyse aux cas dans lesquels il est rigoureusement impossible de les distinguer (comme lorsque la réparation et la punition prennent la forme d'une somme forfaitaire ou lorsque la peine consiste précisément à réparer) ? Sans trancher de façon précise entre ces deux conceptions antagonistes, on peut sans doute admettre qu'en présence de peines privées officieuses une seule sanction pouvant, par hypothèse, être prononcée, celle-ci peut être décrite comme mixte.

230. Conception proposée. Dès lors que certaines peines privées peuvent opérer en l'absence de tout dommage effectif, il semble indéniable que la fonction indemnitaire n'est pas consubstantielle à cette sanction. Seule la fonction punitive apparaît comme une fonction nécessaire de la peine privée, justifiant de ce fait que celle-ci trouve son fondement unique dans la faute. Néanmoins, si fondement et fonction entretiennent des liens nécessaires, ceux-ci ne sont pas dans une relation d'équivalence, et les peines privées ne poursuivent pas nécessairement qu'une fonction punitive. Plusieurs cas de figure se présentent alors. Certaines manifestations de la peine privée, principalement des mécanismes légalement consacrés semblent se détacher totalement de toute dimension indemnitaire. Inversement, certaines peines privées, s'incarnant dans des mécanismes par nature indemnitaire poursuivent nécessairement une dualité de fonction. Entre ces deux extrêmes, certaines peines privées semblent poursuivre alternativement une fonction uniquement répressive ou des fonctions répressive et indemnitaire selon qu'un dommage effectif a ou non été subi. Que ces solutions doivent être approuvées ou critiquées, on ne peut alors nier qu'en l'état du droit positif certaines des manifestations de la peine privée, notamment celles présentant un aspect occulte, relèvent d'une conception indemnitaire de la peine privée. Il apparaît alors nécessaire de chercher des éléments de réponse à cette question que posait déjà HUGUENEY : « où s'arrête la réparation et où commence la peine privée ? »¹⁰⁰⁷

B – Les critères de distinction entre réparation et peine privée.

¹⁰⁰⁷ L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 19.

231. Les critères classiques. Bien plus que la distinction des peines privées et des sanctions pénales, la question de la distinction entre réparation et peine privée a retenu l'attention de la doctrine. C'est à Louis HUGUENEY que revient le mérite d'avoir formulé, sur cette question, une théorie fondatrice. Selon l'auteur « la peine privée, à l'heure actuelle, ne se peut point reconnaître à un critérium absolu : notion purement relative, intermédiaire entre la peine et la réparation, elle ne se dégage que par voie de comparaison, par rapport à la peine et à la réparation qui la limitent. Comparaison et au point de vue matériel, et au point de vue moral, et au point de vue du but »¹⁰⁰⁸. C'est donc un ensemble de trois critères cumulatifs que propose l'auteur pour identifier la peine privée.

232. Exposé du critère téléologique. Le critère prédominant tient selon HUGUENEY à la finalité de la sanction. La peine privée, si elle se distingue du modèle répressif que constitue la peine publique, n'en constitue pas moins une peine et « Le but de la peine, dit-on, c'est de "faire une nouvelle blessure" celui de la réparation de "guérir une première blessure" »¹⁰⁰⁹. La peine privée s'identifierait alors en ce que la sanction vise davantage à réprimer un comportement qu'à réparer le préjudice de la victime.

233. Les critiques adressées au critère téléologique. Les auteurs mêmes qui défendent ce critère doivent toutefois reconnaître que sa mise en œuvre pose de nombreuses difficultés¹⁰¹⁰. La qualification de peine privée par la finalité des mesures considérées apparaît incertaine¹⁰¹¹, celle-ci devant se traduire par des manifestations extérieures pour être appréciée¹⁰¹². À cette critique généralement admise, Madame

¹⁰⁰⁸ L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 25.

¹⁰⁰⁹ L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 27.

¹⁰¹⁰ L. Hugueney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 28.

¹⁰¹¹ P. Nabet, *La peine privée en droit des assurances*, op. cit., n° 35 ; M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 24 ; B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 391 et s.. L'auteur souligne que la fonction de la peine privée dans la présentation d'HUGUENEY est entourée d'une certaine incertitude, celui-ci affirmant tout d'abord que la peine privée vise à punir les agissements fautifs et qu'elle est « protectrice du coupable qu'elle défend contre les abus de la réparation et contre les excès de la répression » (L. Hugueney, *La peine privée en droit contemporain*, op. cit. p. 323). L'affirmation selon laquelle la peine privée protège des abus de la réparation laisse perplexe. Cette présentation correspond au fond à l'idée qu'une faute très légère devrait conduire au prononcé d'une indemnité moindre que celle d'une faute d'une certaine gravité (op. cit., p. 322). Si cette position paraît critiquable ce n'est pas en raison d'une incertitude qui entourerait nécessairement le critère téléologique.

¹⁰¹² M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 55 ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit., n° 460.

ROUJOU DE BOUBÉE ajoute que la peine privée vise, de façon indissociable, à réprimer l'auteur du comportement fautif et à assouvir le besoin de vengeance de la victime. Dès lors « si la sanction du responsable n'est qu'une conséquence de la réparation qui vise avant tout le préjudice subi par la victime, la peine privée tend en même temps et indissolublement à punir le responsable et à satisfaire la victime »¹⁰¹³. Le critère téléologique conduirait de ce fait à retenir une conception mixte de la peine privée, et à admettre qu'entre elle et la réparation il existe « des différences de degré plus que de nature »¹⁰¹⁴.

234. La portée de la critique. Ces derniers éléments semblent néanmoins devoir être nuancés. On peut tout d'abord remarquer un étrange glissement dans la présentation de Madame ROUJOU DE BOUBÉE entre vengeance, satisfaction et réparation. De ce que la peine privée viserait à satisfaire la volonté de vengeance de la victime¹⁰¹⁵ il ne semble pas possible de déduire qu'elle vise pour autant nécessairement une finalité indemnitaire. On peut ajouter que l'affirmation selon laquelle la confusion de finalités réparatrice et répressive au sein d'un même mécanisme conduit, dans une approche téléologique, à une simple différence de degré entre peine privée et réparation est excessive et ne permet pas en elle-même d'invalidier le critère proposé. Tel ne pourrait être le cas que si la peine privée présentait nécessairement une finalité indemnitaire, ce qui semble fortement contestable¹⁰¹⁶. C'est alors sans doute davantage à une critique de la conception mixte de la peine privée que peuvent aboutir ces arguments¹⁰¹⁷.

235. L'appréciation du critère téléologique. Si le critère téléologique semble devoir être approuvé, il apparaît en revanche extrêmement délicat à mettre en œuvre. Ce simple constat explique la nécessité d'autres critères qui peuvent être perçus

¹⁰¹³ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, loc. cit..

¹⁰¹⁴ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, loc. cit. ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 554. *Contra* : C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit., n° 457 et s., spéc. n° 459.

¹⁰¹⁵ Ce qui peut être contesté : B. Mazabraud, *La peine privée, aspects de droit interne et international*, op. cit., *passim* : l'auteur oppose les peines privées vindicatives et les peines privées distributives qui ne sont pas empreintes de cette dimension de vengeance privée.

¹⁰¹⁶ Cf *supra*, n° 202.

¹⁰¹⁷ Tel est notamment le cas dans la thèse de Monsieur JAULT. En effet, si celui-ci reprend les arguments de Madame ROUJOU DE BOUBÉE pour critiquer le critère reposant sur les finalités des différents mécanismes, c'est uniquement « telles qu'elles sont définies par la théorie classique » (A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 55). L'auteur affirme en effet par ailleurs que « L'étude des fonctions dévolues à l'institution révèle nettement le caractère exclusivement punitif de l'institution » (op. cit., n° 79).

comme des manifestations extérieures, des indices, du critère téléologique¹⁰¹⁸. Il a été soutenu que ces critères extérieurs se ramèneraient *in fine* à un seul, celui de la mesure de la condamnation. Une telle interprétation suppose toutefois une lecture quelque peu restrictive du critère subjectif.

236. Les incertitudes quant au contenu du critère subjectif. Celui-ci a été compris par certains auteurs comme se réduisant à une règle de fixation du montant de la sanction, en lien avec la gravité de la faute¹⁰¹⁹. Ce critère apparaît en réalité susceptible de recouvrir une réalité plus large. Selon HUGUENEY « la peine privée apparaîtra lorsque l'importance attribuée à l'élément faute, relativement à l'indemnité et notamment à son montant, aura pour effet de transformer cet élément "symptomatique" en élément "caractéristique" »¹⁰²⁰. Le sens exact de cette affirmation présente une certaine incertitude. Si l'auteur insistait sur l'influence de la gravité de la faute dans la détermination du *quantum* de la sanction, il ne limitait toutefois pas les conséquences du critère subjectif à ce seul aspect¹⁰²¹. De plus, HUGUENEY semblait admettre que des peines arbitrairement fixées par la loi puissent constituer des peines privées, ce qui s'oppose à une conception restrictive du critère subjectif¹⁰²². À l'inverse, et de façon plus nette, STARCK affirmait que « La peine privée [...] ne se conçoit qu'en présence d'une faute, dont elle forme ainsi la sanction. Ce point acquis, un deuxième en découle : c'est que le montant de la peine variera en fonction de la gravité de la faute »¹⁰²³. Cette dernière conclusion ne semble toutefois pas justifiée. Si le fait que la faute constitue une condition nécessaire de la peine privée rend probable, voire souhaitable, l'existence d'un rapport entre la gravité de la faute et le montant de la sanction, ce rapport n'est cependant pas techniquement nécessaire¹⁰²⁴, le montant de la

¹⁰¹⁸ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 245.

¹⁰¹⁹ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 55.

¹⁰²⁰ L. Huguéney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 27.

¹⁰²¹ HUGUENEY évoque notamment, au titre des autres éléments traduisant l'importance particulière accordée à la faute l'impossibilité d'agir contre les ayants droits du responsable. (op. cit. p. 27, note n° 2).

¹⁰²² La position de l'auteur n'est en ce domaine pas totalement claire. Il affirme ainsi que le caractère pénal de l'indemnité tarifée est difficile à déterminer « dans l'hypothèse où la loi a entendu créer soit un tarif minimum, soit un tarif à la fois maximum et minimum » (L. Huguéney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 192). Au sujet de ces indemnités, il affirme encore de façon assez mystérieuse « que les apparences [les] désignent, sinon comme peines privées, du moins comme renfermant certains germes de peine privée » (op. cit., p. 193).

¹⁰²³ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 390 ; Ph. Gerbay, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, Grenoble SRT, Grenoble, 1976, n° 36. L'auteur considère que la contrainte privée se distingue de la peine privée en ce que la première n'est pas nécessairement proportionnelle à la faute.

¹⁰²⁴ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 116 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, p. 56 et 57.

sanction pouvant en effet parfaitement dépendre, certes de façon arbitraire¹⁰²⁵, du préjudice, de la même façon que certaines sanctions pénales dépendent du dommage causé¹⁰²⁶. Il convient alors de s'arrêter à la première partie de la proposition en vertu de laquelle seule une faute peut conduire au prononcé d'une peine privée¹⁰²⁷. Ainsi présenté, le critère rejoint la position des auteurs pour qui la peine privée se distingue de la réparation en ce qu'elle trouve son fondement dans la faute¹⁰²⁸.

237. Cette lecture du critère subjectif tel que proposé par la doctrine classique peut-être contestée. Il a ainsi été affirmé qu'HUGUENEY aurait reconnu la possibilité de peines privées en l'absence de faute¹⁰²⁹, notamment en matière de dommages causés au propriétaire du sol d'un terrain par les travaux miniers de surface. La remarque doit pourtant être nuancée¹⁰³⁰. Si l'auteur considérait bien que des dommages et intérêts pouvaient être prononcés en matière minière au double du préjudice réellement subi sans qu'une faute en constitue le fondement¹⁰³¹, il affirmait également que cette sanction « ne constitue pas à proprement parler une peine privée »¹⁰³². Le critère subjectif semble alors bien porter en lui les germes du critère moderne de distinction entre réparation et peine privée. L'erreur de la présentation classique n'aurait alors pas été l'absence d'identification d'un critère pertinent d'identification de la peine privée, mais de ne pas lui avoir accordé l'importance adéquate¹⁰³³.

¹⁰²⁵ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 56 à 58. Contra Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, op. cit., n° 273. L'auteur définit la peine privée comme « une sanction civile au bénéfice de la victime qui, orientée vers la punition du fautif et non vers la réparation de la victime, dépasse la valeur du préjudice ordinairement réparable et dépend de la gravité de la faute de son auteur » (Nous soulignons).

¹⁰²⁶ L'exemple le plus évident tient à la répression des violences volontaires (CP, art. 222-7 et s.). La peine encourue dépend en effet notamment de la gravité de l'atteinte causée à la personne.

¹⁰²⁷ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, loc. cit..

¹⁰²⁸ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 59 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 116 et s..

¹⁰²⁹ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit. p. 60, 63 et 64 ; affirmant clairement la possibilité de peines privées en l'absence de faute, ou au moins en présence d'une faute présumée : M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 24.

¹⁰³⁰ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, loc. cit. : l'auteur souligne une certaine incertitude dans la mise en œuvre qu'HUGUENEY réalise des critères qu'il avait précédemment dégagés.

¹⁰³¹ L. Huguéney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 199 : « dire que la faute puisse être considérée comme formant la base de ces indemnités au double [...] serait assurément [...] une conclusion exagérée ».

¹⁰³² L. Huguéney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 201.

¹⁰³³ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 116. Il est certain que dans la présentation d'HUGUENEY le critère téléologique n'occupait pas la place centrale qu'il occupe dans l'approche de Madame ROUJOU DE BOUBÉE ou de Monsieur JAULT : L. Huguéney, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Revue critique de législation et de jurisprudence, 1906, p. 416 et s., spéc. p. 418 : la peine privée diffère de la réparation « parce que, dans une mesure plus large, elle s'inspire de considérations empruntées à la matière du droit pénal, [...] ce qui, rationnellement, ressort surtout de son but, punir l'auteur plus encore que dédommager la victime; ce qui, pratiquement, se

238. La complémentarité des critères subjectif et téléologique. La pertinence de cette critique est incertaine. Si les tenants d'une conception renouvelée de la peine privée ont soutenu que la peine privée se caractériserait par son fondement, la faute, alors que la réparation trouverait son fondement dans le dommage, une telle présentation ne se détache pas en vérité d'une appréhension de la peine privée par sa finalité. C'est en effet la dimension répressive de la sanction qui conduit à considérer que la peine privée ne se conçoit qu'en présence d'une faute¹⁰³⁴. Critère téléologique et critère subjectif apparaissent ainsi complémentaires l'un de l'autre. Qu'en est-il du critère objectif ?

239. Précision terminologique. Une remarque semble à ce stade nécessaire. La conception unitaire de la peine privée conduit à considérer que le fondement suffisant de la peine privée est la faute, si bien qu'elle ne présuppose pas de dommage. On peut alors être surpris que ses défenseurs continuent à affirmer que la peine privée doit être attribuée à la victime¹⁰³⁵, dans la mesure où il est alors possible qu'une peine privée soit prononcée en l'absence de toute victime effective. Il faut alors sans doute admettre que la peine privée sera attribuée à l'individu qui, sans avoir subi de préjudice, a subi une violation de ses droits ou, dans le cas d'une simple tentative sanctionnée par une peine privée, de celui qui aurait subi un préjudice si l'entreprise du fautif avait été menée à bien. Ces éléments précisés et dans un souci de lisibilité, il continuera à être fait référence à la victime dans le cadre du présent travail.

240. Exposé du critère objectif. Du point de vue matériel, la peine privée se distinguerait de la réparation par son montant. Alors que le *quantum* de la réparation devrait être en exacte adéquation avec le montant des préjudices soufferts, cette

traduit, moins peut-être dans l'importance attribuée à l'élément faute, plus essentiel et généralement plus marqué dans la peine privée que dans la simple réparation, que dans le montant même de la condamnation prononcée au bénéfice de la victime, condamnation ne se calquant pas sur le montant du préjudice, normalement et intentionnellement appelée à le dépasser ».

¹⁰³⁴ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 60 : « Une telle situation (le prononcé d'une peine privée sans faute) à la supposer vérifiée, serait particulièrement choquante : la peine, quelle qu'elle soit, ne semble justifiable que si elle sanctionne une faute » ; A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 113.

¹⁰³⁵ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 415 ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 54.

exigence ne s'imposerait pas en matière de peine¹⁰³⁶. La peine privée s'identifierait alors par une disjonction entre le montant de la condamnation et celui que la réparation commandait, l'aspect punitif de la mesure conduisant à dépasser le montant du préjudice¹⁰³⁷. Selon une conception légèrement différente, « la peine privée apparaîtra quand la condamnation de l'auteur du dommage sera supérieure à celle qu'il aurait encouru pour un dommage identique provoqué par une activité non fautive »¹⁰³⁸. Ce critère présente une importance pratique certaine. Plus aisé que les deux autres à mettre en œuvre, plus concret, il est courant pour caractériser une peine privée de démontrer que le montant des sanctions prononcées ne peut correspondre à la seule indemnisation du préjudice¹⁰³⁹. Diverses critiques ont toutefois été adressées au critère objectif.

241. Les critiques du critère objectif. Le critère objectif présenterait des faiblesses tant théoriques que pratiques.

D'un point de vue théorique, il a été souligné qu'« il est scientifiquement hasardeux de faire reposer la distinction peine privée – réparation sur un critère quantitatif : une simple différence de degré ne révèle pas nécessairement une différence de nature »¹⁰⁴⁰. Pour exacte qu'elle soit, l'importance à accorder à cette remarque est relative. Le critère objectif n'a jamais été pensé comme permettant de fonder par lui seul une différence de nature entre réparation et peine privée¹⁰⁴¹, mais davantage comme un indice de cette différence.

Le critère objectif présenterait par ailleurs des insuffisances sur le plan pratique. D'une part, de nombreux auteurs ont fait remarquer que la réparation n'est égale au préjudice que lorsque la réparation est intégrale et ont souligné que diverses atteintes sont portées à ce principe¹⁰⁴². D'autre part, et surtout, rien n'interdit *a priori* que la

¹⁰³⁶ L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 25. Pour l'auteur, la réparation est « exactement déterminé[e] par le montant du dommage souffert, alors que la peine n'est point assujettie à pareille mesure ».

¹⁰³⁷ L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, art. préc., p. 418.

¹⁰³⁸ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 393. Selon l'auteur, la peine privée dans sa fonction de garantie devrait conduire, du seul fait de l'atteinte à certains droits, à une indemnisation *in abstracto*. À cette indemnisation objective se substituerait en cas de véritable faute une appréciation *in concreto* conduisant à un surplus d'indemnisation (op. cit., p. 397 et s.).

¹⁰³⁹ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 544 ; sur l'importance du montant de la sanction voir notamment : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 10.

¹⁰⁴⁰ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, loc. cit..

¹⁰⁴¹ L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, op. cit., p. 27 et 28 : « pour mériter le nom de peine privée, il ne suffit point qu'une indemnité diffère quant à sa quotité du montant du préjudice, s'il ne s'y joint une autre considération que la différence loin d'être accidentelle est au contraire voulue et se justifie par l'intention de frapper plus sûrement ou plus lourdement l'auteur du fait dont il s'agit ».

¹⁰⁴² M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 55 et 56 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, loc. cit. ; A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 56.

peine privée corresponde au montant du préjudice¹⁰⁴³. Boris STARCK, retenant une formulation quelque peu différente de ce critère¹⁰⁴⁴, considérait même que la peine privée devait par principe trouver une limite supérieure dans la réparation intégrale¹⁰⁴⁵.

242. L'appréciation du critère objectif. Tel que formulé par HUGUENEY, le critère objectif présente des insuffisances manifestes, si bien que la conception retenue par STARCK lui semble préférable et rejoint dans une large mesure le critère subjectif. Au demeurant si la prise en considération de la différence entre le montant de la mesure et le dommage n'est pas toujours pertinente pour identifier une peine privée, en de nombreux cas cependant cet élément constituera un élément utile. Plus que d'un critère, il conviendrait sans doute de parler d'un indice, une différence manifeste entre le montant d'une sanction et celui du dommage constituant l'un des signes les plus évidents que la mesure ne poursuit pas une finalité purement indemnitaire ou n'est pas exclusivement fondée sur le dommage¹⁰⁴⁶.

*

* *

243. De ces développements sur la peine privée, il ressort que si la notion apparaît indéniablement complexe, elle n'est pourtant pas rétive à toute tentative d'identification au moins lorsqu'elle se présente sous sa forme pécuniaire. Les éléments permettant de distinguer les peines privées, les sanctions pénales et les pures indemnités conduisent à présenter la peine privée *comme une mesure ayant pour fonction nécessaire de réprimer l'auteur d'une faute découlant de la violation d'une norme civile dont le montant est attribué à la victime, au moins potentielle, du comportement*. Les principaux éléments caractéristiques de cette peine ayant été dégagés, il convient alors de se demander si les spécificités de cette sanction peuvent

¹⁰⁴³ M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 24.

¹⁰⁴⁴ Cf *supra*, n° 236.

¹⁰⁴⁵ B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 415. L'auteur concède que cette règle devrait être écartée dans les cas où le profit retiré par le fautif est au moins égal au préjudice causé (*op. cit.*, p. 418).

¹⁰⁴⁶ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 59 : « si le montant de la peine privée est sans rapport avec l'étendue du préjudice, c'est bien que la peine privée trouve sa raison d'être en dehors du préjudice, dans l'existence d'une faute ».

conduire à des conclusions différentes de celles retenues pour l'amende civile quant à la nature du mécanisme.

Section II – L'influence des spécificités de la peine pécuniaire privée sur la nature de la sanction.

244. Le rattachement des peines privées pécuniaires à la responsabilité civile peut, à première vue, paraître évident. Outre les différents projets ayant proposé de consacrer, au sein des effets de la responsabilité civile, des mécanismes de peines pécuniaires privées plus ou moins généraux, ce lien a été largement souligné par la doctrine, évoquant la « fonction de peine privée » de la responsabilité civile¹⁰⁴⁷. Cette assimilation semble particulièrement aisée concernant les peines pécuniaires privées. En effet, si certaines peines privées, telles les déchéances, semblent s'éloigner de la responsabilité civile par les procédés qu'elles exploitent, le versement d'une somme d'argent consécutivement à une faute semble correspondre parfaitement aux mécanismes classiques de la responsabilité civile. Responsabilité civile et peine privée ne se superposent pourtant qu'imparfaitement, au point qu'un auteur a pu écrire que « rien ne justifie d'allier la responsabilité civile et la peine privée : ce sont deux choses parfaitement distinctes et reposant sur des principes différents. La peine privée ne peut en aucune manière se fonder sur l'article 1382 du Code civil »¹⁰⁴⁸. Il ne fait aucun doute que tout mécanisme relevant de la responsabilité civile ne constitue pas une peine privée. Inversement, il semble que toutes les peines pécuniaires privées ne relèvent pas de la responsabilité civile.

245. L'existence de peines pécuniaires privées hors de la responsabilité civile. Les peines privées, même pécuniaires, ne semblent pouvoir être systématiquement incluses au sein de la responsabilité civile. Ainsi est-il couramment affirmé que l'astreinte, si elle puise son origine dans la responsabilité civile, en a été détachée. Là encore, cette présentation, qui a parfois pu être contestée¹⁰⁴⁹, mérite d'être questionnée. C'est, semble-t-il, en perdant sa fonction indemnitaire que l'astreinte a pu être détachée de la responsabilité civile. Cette explication purement téléologique peut

¹⁰⁴⁷ Voir principalement : B. Starck, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit. ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit..

¹⁰⁴⁸ B. Beignier, *L'honneur et le droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 234, Paris, 1995, p. 212. Dans le même sens : E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », art. préc., n° 4 ; A Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 116 et s., spéc. n° 119.

¹⁰⁴⁹ Cf *infra*, n° 291 et s..

alors sembler fragile et a en tout cas de quoi surprendre. Comment suffirait-elle à expliquer le large consensus autour de l'exclusion de l'astreinte du champ de la responsabilité civile alors même qu'une partie importante de la doctrine milite en faveur de la reconnaissance de la fonction punitive de celle-ci ?

246. Il semble alors que la complexité des rapports entre peine privée et responsabilité civile tiennent à ce que les figures de la peine privée pécuniaire sont multiples : officielles ou officieuses, mixtes ou strictement punitives, prévues par la loi ou issues d'une norme plus spécifique, l'analyse des peines pécuniaires privées ne semble pouvoir être unitaire. Le rattachement à la responsabilité civile de peines strictement punitives et légalement instituées ne semble pas plus aisé que celui des amendes civiles. Toutefois les différentes variations susceptibles d'affecter les peines pécuniaires privées font que leur inclusion au sein du droit civil ne saurait être envisagée de manière aussi monolithique.

247. Une précision concernant le champ de l'étude doit enfin être apportée. Ce sont en effet parfois les mécanismes habituels de la responsabilité civile qui sont utilisés comme peine privée. Tel est ainsi le cas lorsque les juges usent des larges pouvoirs d'évaluation du préjudice qui leur sont reconnus afin de sanctionner la conduite d'un individu¹⁰⁵⁰, mais aussi lorsque le législateur subordonne l'obligation de réparer pesant sur un individu à la démonstration d'une certaine culpabilité, d'une attitude blâmable, de la part de celui-ci¹⁰⁵¹. En ce cas, c'est bien la responsabilité civile elle-même qui est utilisée comme peine privée. La question du rattachement de ces peines privées à la responsabilité civile ne saurait dès lors se poser, la seule question possible tenant au bien-fondé de cette utilisation.

248. Hors de ces hypothèses, une analyse rigoureuse des caractères des peines privées (§II) suppose que soient au préalable appréhendées les différentes variations susceptibles d'affecter les peines pécuniaires privées (§I), tant il est vrai que la diversité de ces dernières impose de retenir une approche nuancée.

¹⁰⁵⁰ Cf *supra*, n° 216.

¹⁰⁵¹ Cf *supra*, n° 224 et s..

§I – Les caractères des peines pécuniaires privées consacrées.

249. Méthode. L'étude des différences susceptibles d'affecter les diverses peines pécuniaires privées peut être envisagée de plusieurs façons. L'attention peut se porter sur les fonctions et caractères des peines privées¹⁰⁵². L'importance de ce critère de distinction ne doit pas masquer les autres différences susceptibles d'affecter ces sanctions. Différence concernant l'actualité de ses manifestations d'abord : alors que certaines peines pécuniaires privées sont consacrées en droit positif, d'autres appartiennent au seul droit prospectif. Différence concernant l'origine de la sanction surtout : alors que certaines peines pécuniaires privées trouvent leur source dans une règle d'origine sociale, d'autres présentent une originalité plus marquée, en ce qu'elles sont mises en place par des personnes privées. Au sein même des peines d'origine sociale, il semble possible de distinguer entre les sanctions édictées de façon générale et impersonnelle et celles créées par le juge pour sanctionner l'inexécution de l'ordre contenu dans son jugement.

250. Par rapport au modèle de sanction pécuniaire que constituent les amendes, les peines pécuniaires civiles instaurées légalement (A), au sens large, apparaissent comme les sanctions les plus classiques desquelles il convient de distinguer celles trouvant leur origine dans une source particulière (B), autrement dit une source plus atypique.

A – Les peines pécuniaires civiles instaurées légalement.

251. Précision du champ d'étude. En de multiples cas, une peine pécuniaire privée vient sanctionner une norme générale et abstraite, ces peines pouvant être textuellement prévues ou résulter d'une pratique judiciaire occulte. L'exclusion du domaine étudié des cas dans lesquels les peines privées passent par une instrumentalisation de la responsabilité civile conduit à ne retenir que les premières.

¹⁰⁵² Cf *supra*, n° 199 et s..

Au sein même de ces peines, il convient d'exclure celles pour lesquelles la sanction consiste en une simple réparation.

252. La notion de dommages et intérêts punitifs. De telles peines sont généralement qualifiées par la doctrine de dommages et intérêts punitifs ou exemplaires¹⁰⁵³. Véritable archétype des peines pécuniaires privées, les dommages et intérêts punitifs présentent pourtant plusieurs zones d'ombre. Ainsi, le caractère, strictement punitif ou à la fois punitif et indemnitaire, des dommages et intérêts punitifs reste incertain, en dépit de l'attention qu'a pu retenir le mécanisme.

Les dommages et intérêts punitifs sont couramment présentés comme « destinés non seulement à réparer le dommage subi par la victime mais également à punir le responsable de sa faute. Ils devraient pour cela être calculés en fonction non seulement de l'étendue du dommage subi mais aussi de la gravité de la faute commise par ce dernier »¹⁰⁵⁴. Ainsi décrits, les dommages et intérêts punitifs semblent correspondre à un mécanisme poursuivant des finalités à la fois indemnitaire et répressive, relevant de ce fait de la qualification de peine privée mixte.

Cette définition n'emporte pourtant pas une adhésion unanime. Ainsi les dommages et intérêts punitifs ont pu être décrits comme des « peines d'amendes privées prélevées afin de punir une conduite répréhensible et de dissuader sa réapparition dans l'avenir »¹⁰⁵⁵, l'accent étant cette fois clairement mis sur la dimension punitive du mécanisme. Ces présentations antagonistes soulignent la nécessité d'une analyse approfondie des dommages et intérêts punitifs. Une précision terminologique semble toutefois nécessaire.

253. Précision terminologique. L'expression « dommages et intérêts punitifs » semble en elle-même porteuse d'un rattachement à la responsabilité civile. Les dommages et intérêts ont en effet pu être définis comme « des sommes d'argent

¹⁰⁵³ Les deux expressions sont généralement tenues pour synonyme. *Contra* : R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé, op. cit.*, n° 920.

¹⁰⁵⁴ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité extracontractuelle, op. cit.*, n° 61 ; Ph. Le Tourneau, « Rapport de synthèse », in *L'indemnisation, art. cit.*, spéc. p. 14 : l'auteur présente les dommages et intérêts punitifs comme hybrides, à la fois indemnisation et peine. Pour autant une certaine incertitude entoure la position de l'auteur. En effet, celui-ci se montre favorable à l'attribution de la somme excédant la réparation à un organisme public (*op. cit.*, p. 15 et 16), distinction qui se concilie difficilement avec une conception mixte du mécanisme.

¹⁰⁵⁵ Ph. Pierre, « L'introduction des dommages-intérêts punitifs en droit des contrats, Rapport français », art. préc.. L'auteur se place dans la lignée d'une définition donnée par la Cour Suprême des États-Unis dans *Gertz v. c. Robert Welch Inc.*

que les auteurs de dommages doivent verser aux victimes en application des règles de la responsabilité civile »¹⁰⁵⁶. Du point de vue des fonctions, l'idée d'indemnisation semble inscrite dans l'expression même « dommages et intérêts punitifs ». Selon POTHIER¹⁰⁵⁷, les termes « dommages et intérêts » renvoient aux dommages subis ainsi qu'aux intérêts manqués, ce qui correspond à l'énoncé habituel du principe de réparation intégrale. Ces termes semblent dès lors inextricablement liés à l'idée de réparation¹⁰⁵⁸. Cette remarque conduit toutefois davantage à considérer l'expression « dommages et intérêts punitifs » comme défectueuse qu'à rattacher nécessairement la notion à laquelle l'expression renvoie à des fonctions à la fois punitive et indemnitaire¹⁰⁵⁹. De même, le lien entre responsabilité civile et dommages et intérêts punitifs peut être remis en cause, certains auteurs considérant que « les condamnations pécuniaires destinées à satisfaire » une fonction punitive sont seulement « assimilées (nous soulignons) aux dommages-intérêts »¹⁰⁶⁰.

254. Quels caractères sont alors susceptibles de présenter les dommages et intérêts punitifs légalement consacrés ? Dès lors que ceux-ci correspondent à des cas dans lesquels le législateur a entendu assumer la finalité punitive des mécanismes qu'il édicte, on pourrait imaginer que ceux-ci correspondraient systématiquement à des mécanismes strictement punitifs. L'analyse des cas légaux de peines pécuniaires privées a d'ailleurs révélé qu'il semblait *a minima* difficile de caractériser des cas dans lesquels de telles sanctions présenteraient nécessairement une fonction indemnitaire¹⁰⁶¹. Cette hypothèse ne semble pourtant, au moins théoriquement, pas exclue. Les dommages et intérêts punitifs n'étant pas admis de façon générale en droit français¹⁰⁶², il semble opportun de consacrer quelques développements aux solutions retenues par les systèmes juridiques dans lesquelles les dommages et intérêts punitifs

¹⁰⁵⁶ G. Viney, « Préface », in N. Cayrol (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, op. cit., p. 1.

¹⁰⁵⁷ R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011, réédition la version publiée par Thomine et Fortic en 1821, n° 159. Voir également : Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 82. Sur le caractère suffisant du terme « dommage » pour recouvrir tant le *damnum emergens* que le *lucrum cessans* : S. Mouré, « Recherche sur la notion de dommages-intérêts (XVII^e-XVIII^e siècles) », in *La notion de dommages-intérêts*, op. cit., p. 31 et s., spéc. p. 37.

¹⁰⁵⁸ Pour le rejet d'une théorie visant à distinguer entre les « dommages et intérêts » qui seraient strictement indemnitaires et les « dommages-intérêts » qui correspondraient aux dommages et intérêts punitifs : A. Deroche, « Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts », art. préc., note n° 98.

¹⁰⁵⁹ R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les Dommages et intérêts punitifs », art. préc..

¹⁰⁶⁰ G. Viney, « Préface », art. préc., p. 3.

¹⁰⁶¹ Cf *supra*, n° 218.

¹⁰⁶² G. Viney, « Préface », art. préc., p. 3. Concernant les sanctions particulières édictées par la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contrefaçon, Cf *infra*, n° 287.

constituent une institution consacrée (1), avant de s'intéresser aux pistes de réception de ce mécanisme en droit français (2).

1 – L'analyse des dommages et intérêts punitifs existants en droit comparé.

Plusieurs systèmes juridiques admettent officiellement les dommages et intérêts punitifs, plus ou moins largement et selon des modalités parfois assez différentes. Si cette sanction trouve ses origines en droit anglais (a), elle connaît son développement le plus important aux États-Unis (c). À cela il faut ajouter qu'un pays de droit écrit admet officiellement les dommages et intérêts punitifs : le Québec (b).

a – Les origines anglaises du mécanisme.

255. La notion de dommages et intérêts punitifs s'inspire directement des *punitive damages*, ou selon une expression équivalente des *exemplary damages*, des droits anglo-saxons. Ceux-ci sont apparus en Angleterre vers le milieu du XVIII^{ème} siècle¹⁰⁶³. Limités aux cas de conduites arbitraires, oppressives ou inconstitutionnelles par des représentants du gouvernements, de fautes lucratives ou d'autorisations légales spécifiques depuis la décision de la Chambre des Lords *Rookes v. Barnard* du 21 janvier 1964¹⁰⁶⁴, les *punitive damages* apparaissent comme une institution souvent

¹⁰⁶³ H. Brooke, « A brief introduction : the origins of punitive damages », in H. Koziol et V. Wilcox (dir.), *Punitive damages : Common law and civil law perspectives*, op. cit., p. 1 et s., n° 2. Voir par exemple : *Huckle v Money* (1763), 2 Wils, K.B. 205 ; *Wilkes v Wood* [1763], Lofft 1. L'existence de dommages et intérêts punitifs remonterait à une époque beaucoup plus ancienne, des sanctions pouvant être rapprochées des dommages et intérêts punitifs pouvant être décelées par exemple dans le Code d'Hammourabi ou dans la Bible : J. Y Gotanda, *Damages in Private International Law*, Brill-Nijhoff, coll. « Collected Courses of the Hague Academy of International Law », vol. 326, Leiden, Boston, 2007, p. 322 et 323, note n° 1273.

¹⁰⁶⁴ *Rookes v. Barnard* (1964), UKHL 1, AC 1129 ; A. Burrows, *Principles of the english law of obligations*, Oxford university press, Oxford, 1st ed., 2015, n° 4.143 : « Since *Rookes v. Barnard* in 1964, punishment of the wrongdoer, through "exemplary" or "punitive" damages, has been treated as an unusual and peripheral remedy in English civil law » ; H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 19th ed, 2014, n° 13-003 : « That their Lordships recognised the exemplary principle as out of place in the law of damages is clear from the fact that they stated that their task was to consider, in the absence of any decision of the House approving an award of exemplary damages, whether it was open to them "to remove an anomaly from the law of England" ».

critiquée¹⁰⁶⁵, mais néanmoins solidement ancrée dans le paysage juridique anglais¹⁰⁶⁶, ceux-ci étant notamment considérés comme nécessaires pour pallier les insuffisances du droit pénal¹⁰⁶⁷.

256. Quel caractère présentent les *exemplary damages* ? Un rapide regard en droit anglais révèle que l'opposition entre réparation et punition n'est pas aussi nette qu'on pourrait s'y attendre, concernant un système admettant officiellement le recours à de véritables peines civiles. Pour autant, ceux-ci semblent bien, à l'analyse, correspondre à un mécanisme purement punitif¹⁰⁶⁸.

257. Lord DEVLIN écrivait qu'en examinant les cas dans lesquels des sommes importantes avaient été attribuées à la suite d'une conduite blâmable « il n'est pas du tout aisé de dire si c'est l'idée de compensation ou de punition qui a prévalu »¹⁰⁶⁹, si bien que la Chambre des Lords affirmait dans *Rookes v. Barnard* que la quasi-totalité des affaires dans lesquelles des *exemplary damages* semblaient avoir été accordés précédemment correspondaient en réalité à l'attribution d'*aggravated damages*¹⁰⁷⁰. Ces derniers correspondent à des sommes attribuées à la victime pour compenser le préjudice moral spécifique que lui a causé l'attitude particulièrement blâmable du fautif, selon l'idée que l'hostilité ou le désintérêt pour les droits d'autrui cause à celui-ci une souffrance particulière. En dépit de leur possible effet punitif ou dissuasif, ces

¹⁰⁶⁵ Les critiques émises sont en grande partie similaires à celles avancées en droit français à l'encontre de l'idée de peine privée, que ce soit en ce qui concerne la confusion du droit civil et du droit pénal (H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *op. cit.*, n° 13-001, 13-006 et 13-007 : « The central argument against [punitive damages] is that they are anomalous in the civil sphere, confusing the civil and criminal functions of the law ». *Contra* : V. Wilcox, « Punitive Damages in England », in H. Koziol et V. Wilcox (dir.), *Punitive damages : Common law and civil law perspectives*, *op. cit.*, p. 7 et s., n° 68 et 69) ou en ce qui concerne l'enrichissement de la victime (H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *loc. cit.*. *Contra* : V. Wilcox, « Punitive Damages in England », art. préc., n° 77). Pour un panorama général des éléments de critique et de défense voir : M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber, C. Harpum, S. Sibley, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, Law commission n° 247, 1997, p. 94 et s., n°1.5 et s. et *Aggravated, Exemplary and Restitutionary damages*, Consultation Paper n° 132, 1993, n° 5.28.

¹⁰⁶⁶ C. Jauffret-Spinosi, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *LPA* 2002/232, p. 8 et s..

¹⁰⁶⁷ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 5, n° 1.15 : « In general terms, one can regard the gaps as flowing from the fact that the criminal law and criminal process do not work perfectly (and inevitably so). Substantial numbers of consultees considered that exemplary damages do or could have a useful role to play in filling these gaps. They fulfil a practical need. We agree ».

¹⁰⁶⁸ Lord Reid, in *Broome v. Cassell & Co Ltd*, préc.. Lord Reid désigne les *punitive damages* comme une part de la somme accordée « allant au-delà de ce qui est légitimement dû aux demandeurs et est purement punitive » (« which goes beyond anything justly due to the plaintiff and is purely punitive »).

¹⁰⁶⁹ *Rookes v. Barnard*, préc., cité par H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *op. cit.*, n° 13-004 : « it is not at all easy to say whether the idea of compensation or the idea of punishment has prevailed ».

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

damages sont perçus comme ayant une nature indemnitaire¹⁰⁷¹. En réduisant en apparence le champ des *exemplary damages* et en les distinguant nettement des *aggravated damages*¹⁰⁷², la décision *Rookes v. Barnard* réalise en réalité une séparation plus nette des fonctions punitive et indemnitaire, si bien qu'« on peut dire que les *exemplary damages* visent la rétribution du défendeur, à le dissuader de répéter sa conduite particulièrement blâmable ainsi qu'à dissuader les tiers d'adopter une pareille conduite »¹⁰⁷³.

258. Les règles techniques régissant le prononcé des *punitive damages*, si elles ne permettent pas à première vue d'appréhender aisément le caractère de ceux-ci confirment cette impression.

Parmi les éléments qui semblent susceptibles d'éclairer sur les caractères des *punitive damages*, on peut ainsi évoquer la nécessité, lors du prononcé de la sentence, de distinguer les *punitive damages* des *compensatory damages*. L'attribution de sommes distinctes semble en effet naturellement se rattacher à une conception unitaire des *punitive damages*, ceux-ci étant alors clairement séparés des *compensatory damages* et, semble-t-il, du rôle indemnitaire que ces derniers poursuivent, là où l'attribution d'une somme unique laisse plutôt penser à une certaine confusion entre réparation et punition. Les solutions retenues en droit anglais ne sont toutefois pas uniformes. Ainsi, alors qu'une décision de la Chambre des Lords semblait faire du prononcé d'une somme unique le principe¹⁰⁷⁴, la séparation des sommes allouées paraît, à l'inverse, être parfois encouragée¹⁰⁷⁵.

¹⁰⁷¹ Voir également : *Thompson v. MPC* (1997), 3 WLR 403 ; M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 3, n° 1.7 à 1.9 ; V. Wilcox, « Punitive Damages in England », art. préc., n° 1.

¹⁰⁷² A. Burrows, *Principles of the english law of obligations*, *op. cit.*, n° 4.163 ; V. Wilcox, « Punitive damages in England », art. préc., n° 2 ; H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *op. cit.*, n° 13-004 ; M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 11, n° 1.3. Le rapport souligne que « la prise en compte du caractère "exceptionnel" de la conduite ou des motifs du défendeur, non seulement dans l'évaluation mais également comme condition de prononcé des *aggravated damages*, a conduit à douter de leur caractère compensatoire » [« The continuing relevance of the 'exceptional' conduct or motive of the defendant, not just to the assessment but in addition to the availability of aggravated damages, has led some to doubt their compensatory character »].

¹⁰⁷³ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 53, n° 1.85 : « one can say that exemplary damages seek to effect retribution, as well as being concerned to deter the defendant from repeating the outrageously wrongful conduct and others from acting similarly ».

¹⁰⁷⁴ *Broome v. Cassell & Co Ltd*, préc. ; H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *op. cit.*, n° 50-042.

¹⁰⁷⁵ H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *loc. cit.*. Voir par exemple : *John v. MGN Ltd* (1997), QB 586 : « ce n'est que [...] si les sommes attribués au demandeur en tant que *compensatory damages* ne sont pas en elles-mêmes suffisantes pour punir le défendeur, montrer que les conduites fautives ne paient pas et dissuader les tiers d'adopter une conduite similaire que des *exemplary damages* pourront être ajoutés aux *compensatory damages* attribués ».

259. Cette incertitude pourrait ne pas être déterminante. Selon une partie de la doctrine anglaise, le prononcé d'une somme unique, si elle rend impossible la distinction de ce qui, dans la sanction prononcée relève des *punitive* ou des *compensatory damages*, serait sans incidence sur les fonctions et les caractères respectifs des deux éléments¹⁰⁷⁶. Cette présentation peut néanmoins se voir reprocher son caractère largement fictif. Si l'admission officielle de *punitive damages* en droit anglais permet bien de considérer qu'il y a une addition, au sein d'une même sanction, de *compensatory damages* et de *punitive damages*, quel intérêt présente cette séparation théorique dès lors qu'il est pratiquement impossible de les distinguer ?

À l'inverse, le fait de considérer que le prononcé de deux sommes distinctes ne postule pas nécessairement une différence de fonction entre ces sommes n'encourt pas la même critique. On peut ainsi remarquer que certaines décisions allant dans le sens d'une distinction lors du prononcé des sommes attribuées en tant que *punitive damages* et *compensatory damages* se prononcent également dans le sens d'une distinction des *compensatory damages* et des *aggravated damages*¹⁰⁷⁷ malgré le caractère indemnitaire de ces derniers. Cette solution peut sembler justifiée dans la mesure où le principal élément avancé au soutien de cette distinction est qu'elle facilite le travail de la juridiction supérieure en cas de contestation¹⁰⁷⁸. Cette distinction est alors justifiée par la seule différence de condition entre les différents *damages*, ce qui ne permet pas *in abstracto* d'en conclure à une différence de fonction.

Face à l'incertitude des conséquences du prononcé d'une sanction unique ou d'une pluralité de sanctions, l'analyse des conditions et des modes de fixation des *punitive damages* semble nécessaire.

(Souligné par M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 64, n° 1.116, note n° 378) ».

¹⁰⁷⁶ Lord Wilberforce, *in Broome v. Cassel & Co Ltd*, préc.. Défendant les *punitive damages*, Lord Wilberforce affirme qu'il n'est pas possible de considérer « qu'il est illogique, inapproprié ou anormal [...] que les *damages* puissent en tout cas être divisés en deux éléments séparés » (« that there is something inappropriate or illogical or anomalous [... in the fact] that damages in any case can be broken down into the two separate elements »).

¹⁰⁷⁷ Voir par exemple en ce sens *Thompson v. MPC*, préc..

¹⁰⁷⁸ H. McGregor, M. Spencer, J. Picton, *McGregor on damages*, *op. cit.*, n° 50-042 ; Lord DEVLIN indiquait ainsi dans *Rookes v. Barnard*, que la distinction des sommes attribuées entre *punitive* et *compensatory damages* ne semblait justifiée qu'en cas de doute sur le bienfondé des *punitive damages*, permettant alors à la juridiction devant laquelle la contestation serait effectuée d'écarter les *punitive damages*, sans nécessité un réexamen global de l'affaire.

260. Conditions d'attribution des *punitive damages*. Plusieurs facteurs peuvent venir limiter l'attribution de *punitive damages*¹⁰⁷⁹. Parmi ces facteurs certains découlent clairement de la fonction punitive du mécanisme¹⁰⁸⁰ ou de problèmes techniques soulevés par l'attribution des *punitive damages*¹⁰⁸¹. D'autres critères peuvent toutefois conduire à s'interroger sur les caractères de cette sanction. Parmi les conditions des *punitive damages*, la prise en compte de la conduite du demandeur ne sera pas étudiée, cette dernière visant uniquement à éviter que le demandeur ne provoque intentionnellement une situation qui lui permettrait d'obtenir plus que la seule indemnisation de son préjudice.

261. Le « if, but only if » test. Imposé depuis l'arrêt *Rookes v. Barnard*, ce critère conduit à ce que des *punitive damages* ne puissent être accordés qu'à condition que les sommes prononcées dans une optique indemnitaire se révèlent inadaptées à sanctionner le comportement¹⁰⁸². Si ce critère ne conduit en rien à considérer que les *punitive damages* poursuivent une finalité indemnitaire, il constitue pour certains auteurs une preuve de ce que les *compensatory damages* remplissent une fonction punitive, ce qui pourrait conduire à y voir un mécanisme mixte¹⁰⁸³. Cette vision est à relativiser. En effet, plus que d'une fonction il s'agit là d'un « effet punitif incident »¹⁰⁸⁴. S'il paraît nécessaire, dans le cadre de la détermination d'une peine adaptée de tenir compte de l'ensemble des éléments produisant sur le fautif un effet sanctionnateur, il est pourtant excessif d'affirmer que les *compensatory damages* ont une fonction punitive. Concernant les *punitive damages* en revanche, ce critère tend à accréditer leur caractère unitaire. Il implique en effet, les sommes destinées à indemniser le préjudice subi par le demandeur ayant nécessairement été fixées préalablement, que les *punitive damages* sont purement destinés à pallier une

¹⁰⁷⁹ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 63 et s., n° 1.113 et s. ; J. Y. Gotanda, *Punitive Damages : A Comparative Analysis*, Villanova University Charles Widger School of Law, 2003, travaux en ligne : <http://digitalcommons.law.villanova.edu/wps/art8>, p. 12.

¹⁰⁸⁰ Tel est le cas de la prise en compte de la condamnation pénale pour les mêmes faits du défendeur (M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 65 et s., n° 1.120 et s.) ou de la prise en compte de la bonne foi du défendeur (M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 69 et s., n° 1.133 et s.).

¹⁰⁸¹ Ainsi du refus d'attribuer des *punitive damages* en raison du caractère inadapté de ces derniers en présence d'une multitude de demandeurs : *AB v South West Water Services Ltd* (1993), QB 507.

¹⁰⁸² M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 64 et s., n° 1.115 et s. ; V. Wilcox, « Punitive Damages in England », art. préc., n° 50 et s..

¹⁰⁸³ V. Wilcox, « Punitive Damages in England », art. préc., n° 69 : « The simple fact is, as revealed by the “if, but only if” test, that even compensatory civil awards serve a penal function ».

¹⁰⁸⁴ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et alii*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 64, n° 1.116 : « even awards of compensatory damages may have an incidental punitive effect ».

insuffisance de la dimension punitive des *compensatory damages*, le mécanisme paraissant alors détaché de toute idée indemnitaire.

262. Seule la victime du comportement répréhensible peut demander des punitive damages. Cet élément, également issu de *Rookes v. Barnard*, semble accepté dans son principe comme une évidence¹⁰⁸⁵. Si ce critère présente un intérêt principalement en cas de décès de la victime ou de pluralité de victimes n'ayant pas été exposées à un comportement identique, il peut toutefois conduire à s'interroger. Dans la mesure où le demandeur doit nécessairement être la victime, il doit disposer d'une action lui permettant d'obtenir des *damages* au sens classique du terme. Ainsi, des *punitive damages* ne pourront jamais être demandés en l'absence de dommage. La portée de ce constat peut toutefois être minimisée. Cette exigence semble en effet correspondre à une simple condition technique, destinée à éviter que les *punitive damages* ne puissent être prononcés au profit d'une personne n'ayant en rien souffert du comportement réprimé dans la mesure où « l'anomalie inhérente aux *exemplary damages* deviendrait une absurdité si un demandeur totalement épargné par les conséquences d'une conduite oppressive que le jury souhaitait punir en profitait »¹⁰⁸⁶.

263. Éléments pris en compte dans la détermination du montant des punitive damages. Plusieurs éléments nécessaires au prononcé des *punitive damages* doivent également être pris en compte au stade de leur fixation¹⁰⁸⁷. Parmi les éléments pris en compte dans la détermination du montant des *punitive damages*, l'analyse des solutions apportées en cas de pluralité de demandeurs semble intéressante. En ce cas, il a été décidé qu'une somme unique devait être fixée, avec pour seul facteur la culpabilité du défendeur, cette somme devant ensuite être répartie également entre les demandeurs¹⁰⁸⁸. Une telle solution ne semble laisser de place qu'à la dimension

¹⁰⁸⁵ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 65, n° 1.119 : « the obvious point that a person must have an independent cause of action, usually a tort, before he or she has any possible claim to exemplary damages ».

¹⁰⁸⁶ Lord DEVLIN, *Rookes v. Barnard*, préc., 1227 : « The anomaly inherent in exemplary damages would become an absurdity if a plaintiff totally unaffected by some oppressive conduct which the jury wished to punish obtained a windfall in consequence ».

¹⁰⁸⁷ Il en va ainsi par exemple de la bonne foi du défendeur ou de la conduite du demandeur en lien avec le comportement sanctionné (M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 81 et s., n° 1.168 et 1.169).

¹⁰⁸⁸ *Riches v News Group Newspapers Ltd* (1986), QB 256. Toutefois, en cas de demandes successives, toutes les difficultés ne semblent pas avoir été résolues : M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 81, n° 1.168.

rétributive du mécanisme, la spécificité des préjudices de chacun des demandeurs étant largement ignorée.

264. Sans évoquer dans le détail l'ensemble des autres éléments pris en compte afin de fixer le montant des *punitive damages*¹⁰⁸⁹, on peut toutefois souligner l'esprit dans lequel ces critères ont été adoptés. Lord DEVLIN indiquait ainsi dans *Rookes v. Barnard* que les juridictions devaient prendre en considération l'ensemble des éléments aggravant ou allégeant la conduite du défendeur. Intégralement tournés vers le fautif, les *punitive damages* se détachent dans une large mesure d'une éventuelle fonction indemnitaire.

265. En dépit de certaines incertitudes apparentes, les *punitive damages* du droit anglais apparaissent donc incontestablement comme un mécanisme « intrinsèquement non-compensatoire »¹⁰⁹⁰. Dès lors que le droit anglais est fondateur en ce domaine, la conception anglaise se retrouve, à quelques nuances près dans la plupart des systèmes admettant le prononcé de dommages et intérêts punitifs¹⁰⁹¹. Certains systèmes semblent pourtant s'en éloigner davantage. Il en va ainsi notamment des dommages intérêts punitifs prévus en droit québécois ainsi qu'en droit américain¹⁰⁹².

b – La réception des dommages et intérêts punitifs par un système de droit écrit, l'exemple québécois.

¹⁰⁸⁹ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 72 et s., n° 1.140 et s.. Ces éléments tiennent à certains principes issus de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, à une nécessité de modérer les sommes attribuées en raison de la fonction punitive de celles-ci en l'absence des garanties octroyées par le droit pénal ainsi qu'à éviter un profit trop important par la victime, potentiellement au dépend des finances publiques (*Thompson v. MPC*, préc.), la prise en compte de la situation patrimoniale du défendeur ainsi que la pluralité des défendeurs. Cette pluralité conduit, en droit anglais, à ce que les *punitive damages* soient fixés au montant nécessaire à la punition du défendeur supportant la moins grande responsabilité (*Broome v. Cassell & Co Ltd*, préc.) afin d'éviter la punition excessive d'un des défendeurs, sauf à conduire des procédures séparées. Cette solution semble en opposition avec celles retenues par la plupart des autres pays admettant le prononcé de *punitive damages*, dans lesquels les juridictions procèdent au prononcé de peines distinctes pour chaque fautif impliqué. Voir : M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 80, n° 1.164, note n° 470.

¹⁰⁹⁰ M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber *et ali*, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, p. 144, n° 1.155 : « inherently a non-compensatory award ». Contra : M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 12. L'auteur affirme ainsi qu'en droit anglais les *punitive damages* correspondaient à une volonté d'intégrer dans la réparation un élément répressif aux fins d'atteindre le double objectif, réparer et « punir », qui, sans cela, n'aurait pas pu être atteint.

¹⁰⁹¹ Sur la dimension strictement punitive des *punitive damages* en droit néozélandais : J. Y Gotanda, *Damages in Private International Law*, *op. cit.*, p. 383.

¹⁰⁹² A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 4 : « although American punitive damages doctrine has grown out of the common law, it has developed independently of other Commonwealth nations and it has experienced significant change within the history of American law ».

266. Droit québécois. En droit québécois, la possibilité pour les juridictions de prononcer des dommages-intérêts punitifs a été reconnue par la loi dans une série de dispositions particulières¹⁰⁹³. Le droit québécois est de ce point de vue particulièrement intéressant dans la mesure où il constitue un cas unique d'implantation des dommages et intérêts punitifs dans un système de droit civil¹⁰⁹⁴. L'actuel Code civil du Québec, adopté le 18 décembre 1991 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 1994 comporte un article 1621 prévoyant les règles de principe concernant les conditions, la fixation et l'attribution des dommages-intérêts punitifs¹⁰⁹⁵. Malgré l'existence de plusieurs différences notables par rapport au droit anglais, une étude approfondie du caractère des dommages et intérêts punitifs en droit québécois ne semble pas nécessaire. Si le rattachement de ce mécanisme au droit et à la responsabilité civils, affirmé par la Cour Suprême¹⁰⁹⁶ et défendu par certains auteurs¹⁰⁹⁷, peut être discuté¹⁰⁹⁸, un consensus apparaît en revanche quant à l'absence de fonction compensatoire et quant aux finalités strictement punitive et dissuasive des dommages-intérêts punitifs¹⁰⁹⁹.

c – L'admission large des dommages et intérêts punitifs aux États-Unis.

¹⁰⁹³ J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, Yvon Blais, 8^e éd., 2014, n° 1-373. Si l'avant-projet de révision du Code civil du Québec envisageait la généralisation des dommages-intérêts punitifs en cas de faute lourde ou intentionnelle, cette proposition fut abandonnée dans la version définitive. ²

¹⁰⁹⁴ J.-L. Baudouin, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common law », *Études offertes au Professeur Ph. Malinvaud*, Litec, Paris 2007, p. 1. Sur la distinction en droit québécois entre dommages et intérêts particuliers, généraux, majorés et punitifs, voir notamment : P.-G. Jobin, « La diffamation d'un groupe au Québec », *RTD civ.* 2013.67, p. 74.

¹⁰⁹⁵ « 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 toutes les circonstances appropriées, notamment 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 ».

¹⁰⁹⁶ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, (1996) 2 RCS 345, n° 20 : « il n'y a aucun doute que ce nouveau type de dommages fait partie du droit civil québécois ». Une nuance est toutefois immédiatement apportée : « Cependant, comme le dit le juge Gonthier, il demeure un redressement d'exception et, à mon avis, ne tire pas son origine des principes civilistes fondamentaux de la responsabilité. D'ailleurs, lors de la réforme du Code civil, on a refusé d'élever au niveau de principe général la faculté d'octroyer des dommages exemplaires ».

¹⁰⁹⁷ J.-L. Baudouin, P.G. Jobin, N. Vézina, *Les obligations*, Yvon Blais, 7^e éd., 2013, n° 802 ; P. Roy, *Les dommages exemplaires en droit québécois, un instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1995, t. 1, p. 3.

¹⁰⁹⁸ P. Pratte, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 R du B .287.

¹⁰⁹⁹ *Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc.*, préc., spéc. n° 21 et 126 ; *Papadatos c. Sutherland*, (1987) R.J.Q. 1020. Voir par exemple : J.-L. Baudouin, P.G. Jobin, N. Vézina, *Les obligations*, op. cit., n° 802 ; G. Pelletier, « Les modes de règlement des conflits offerts par la Charte des droits et libertés de la personne », in C. Samson, et J. McBride (dir.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Presses de l'Université de Laval, Sainte-Foy, 1993, p. 373 et s., spéc. p. 379. Voir plus généralement sur l'absence de fonction indemnitaire des punitive damages en Common law canadienne : J. Y. Gotanda, *Punitive Damages : A Comparative Analysis*, op. cit., p. 45.

267. Droit américain. Les *punitive damages* ont été admis très tôt aux États-Unis¹¹⁰⁰, au niveau fédéral ainsi que dans les différents états¹¹⁰¹, en dépit de certains désaccords quant à leur légitimité¹¹⁰². Ce droit apparaît particulièrement intéressant dans le cadre d'une analyse des caractères et fonctions des dommages et intérêts punitifs, dans la mesure où la conception des *punitive damages* en droit américain apparaît moins monolithique que celle retenue en droit québécois.

268. Des fonctions équivoques. L'ambiguïté entourant les *punitive damages* en droit américain se traduit tout d'abord à travers les fonctions qui leur sont reconnues. Celles-ci semblent en effet, à première vue, teintées d'une dimension indemnitaire¹¹⁰³. Tel est le cas si on retient la conception, largement répandue¹¹⁰⁴, selon laquelle les *punitive damages* permettraient l'indemnisation de pertes et de frais procéduraux autrement non-indemnisables. Cette analyse doit être distinguée des solutions retenues par les juridictions de certains états qui paraissent faire des *punitive damages* des mécanismes strictement indemnitaires. Ainsi, dans *Detroit Dailey Post Co v. McArthur*¹¹⁰⁵, la Cour Suprême du Michigan avait affirmé que les *punitive damages*, s'ils varient en fonction du caractère condamnable du comportement du défendeur, ne sont pour autant pas fondés sur l'intention malicieuse du défendeur mais que la seule « utilisation correcte des *damages* au-delà de ceux attribués en considération de la personne, du patrimoine ou de la réputation est de réaliser une indemnisation pour l'atteinte aux sentiments de la personne lésée »¹¹⁰⁶. De façon plus nette encore, la Cour Suprême du New Hampshire a affirmé qu'« au New Hampshire, la fonction “punitive”

¹¹⁰⁰ A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? - L'exemple des discriminations », *JCP S*, 2015, 1426, n° 9. L'auteur situe la première décision américaine en matière de dommages et intérêts punitifs en 1784.

¹¹⁰¹ L. L. Schlueter, *Punitive damages*, vol. 2, Michie, 5^e éd., 2005, n° 147 à 472. Cinq états n'admettent toutefois le prononcé de *punitive damages* que lorsque ceux-ci sont prévus par un texte : la Louisiane, le Massachusetts, le Nebraska, le New Hampshire et l'état de Washington. Hors des cinquante états, le territoire de Puerto Rico n'admet pas les *punitive damages* : A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 39.

¹¹⁰² Voir par exemple : « Punitive Damages », in *Restatement of the Law, second Restatement of Torts*, 1979 (Mise à jour mars 2018), Thomson Reuters, 2018, § 908, p. 3 : « The entire concept of punitive damages has been subjected to attack from some sources » ; O. S. Howard, « Symposium On Civil Litigation Reform, Part Three : Punitive Damages », *Pepperdine Law Review*, 1997, Vol. 24, Issue 3, p. 925 et s., spéc. p. 937 et s..

¹¹⁰³ *Contra* : J. Bourthoumieux, « Dommages punitifs », *RDGA* 1996.861. L'auteur affirme que ces dommages et intérêts visent la protection de l'intérêt général et non l'indemnisation de la victime qui a déjà été désintéressée.

¹¹⁰⁴ J. Y. Gotanda, *Punitive Damages : A Comparative Analysis*, *op. cit.*, p. 5, note n° 22 ; A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., ° 36. Le Connecticut n'admet d'ailleurs le prononcé de *punitive damages* que pour indemniser le demandeur de ses dépenses de procédure : L. L. Schlueter, *Punitive Damages*, vol. 2, *op. cit.*, n° 193.

¹¹⁰⁵ *Detroit Daily Post Co v. McArthur*, 16 Mich 447 (1868).

¹¹⁰⁶ *Ibid.* : « proper application of damages beyond those to person, property or reputation, is to make reparation for the injury to the feelings of the person injured ».

des *exemplary damages* a été rejetée d'une manière vive et imagée. [...] Comme l'a affirmé cette cour dans *Vratsenes v. N.H. Auto, Inc.*, 112 N.H. 71, 73, 289 A.2d 66, 68 (1972), "Aucun *damages* ne doit être attribué comme punition du défendeur ou comme un avertissement, comme exemple pour le dissuader ainsi que les tiers d'adopter une pareille conduite à l'avenir" »¹¹⁰⁷. Ces solutions, lesquelles semblent retenir des *punitive damages* une conception qui rappelle fortement les *aggravated damages* du droit anglais, ne procèdent pas d'une conception mixte des *punitive damages*, mais conduisent à considérer que ceux-ci sont uniquement indemnitaires. À la suite de la décision rendue par le Cour Suprême du Michigan, les juridictions de plusieurs états ont affirmé, de façon plus nuancée, que les sommes attribuées au titre des *punitive damages*, si elles constituent des punitions, sont néanmoins destinées à indemniser le préjudice moral particulier qui découle pour la victime de « l'insulte » résultant de la façon particulièrement odieuse dont elle a été traitée¹¹⁰⁸.

Il ressort de ces brefs développements que les *punitive damages* peuvent être perçus dans une certaine mesure comme présentant, au-delà de leurs fonctions répressive et dissuasive, un certain caractère indemnitaire. Le système américain semble alors fournir un exemple de système juridique qui, tout en reconnaissant

¹¹⁰⁷ *Aubert v. Aubert*, 129 N.H. 422 (1987) : « In New Hampshire, the "punitive" function of exemplary damages has been rejected in forceful and colorful language. [...] As this court noted in *Vratsenes v. N.H. Auto, Inc.*, 112 N.H. 71, 73, 289 A.2d 66, 68 (1972), "no damages are to be awarded as a punishment to the defendant or as a warning and example to deter him and others from committing like offenses in the future." »

¹¹⁰⁸ A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 37 et 38. Ainsi la Cour Suprême du Kentucky a-t-elle affirmé, dans *Chiles v. Drake*, 2 Met. 146 (1859), que les : « Vindictive damages operate, it is true, by way of punishment, but they are allowed as compensatory for the private injury complained of in the action. They are allowed because the injury has been increased by the manner it was inflicted ». Pour le Minnesota : *Lynd v. Pickett*, 7 Minn. 184 (1862). Les jurés « are not restrained in their assessment of damages to the amount of the mere pecuniary loss sustained by the Plaintiff, but may award damages in respect to the malicious conduct of the Defendant, and the degree of insult with which are not restrained in their assessment of damages to the amount of the mere pecuniary loss sustained by the Plaintiff, but may award damages in respect to the malicious conduct of the Defendant, and the degree of insult with which ». L'emploi du terme « insult » est mis en avant par M. SEBOK pour souligner l'influence de la décision de la Cour Suprême du Michigan. La conception retenue par certaines juridictions est toutefois assez incertaine. Ainsi, dans *Wardrobe v. California Stage Co.*, 7 Cal. 118 (1857), la Cour Suprême de Californie avait considéré, alors que la juridiction dont la décision était contestée avait donné comme instruction au jury de condamner, s'il considérait la conduite du défendeur comme blâmable, à des « additional damages, such as would be an example thereafter, which would tend to prevent such recklessness », que « This instruction is obnoxious to two objections. First, it devolves upon the jury the duty of punishing the defendants for what the Court seems to consider an offense to society, and by inflicting a penalty upon them, securing, by force of the example, future safety for the public. The plaintiff commenced his action to recover damages for the injury he had sustained by reason of the negligence or unskillfulness of the defendant's agents, and not as a public prosecutor, to vindicate the wrongs of the community ; he was not the medium through which these rights were to be asserted or maintained. It is true, that in actions of this character all the circumstances of the case may be taken into consideration in making up the estimate of damages, and the jury are not confined to the actual damages sustained ; but damages which go beyond this, and are professedly laid for the benefit of the public, cannot be recovered ». Cette présentation pouvait donner l'impression que les *punitive damages* présentait pour la Cour un caractère purement indemnitaire. Cependant dans *Turner v. North Beach and Mission R.R. Co.*, 34 Cal. 594 (1868), alors que la responsabilité d'une entreprise était engagée du fait d'un de ses employés, elle considéra que l'entreprise ne pouvait être tenue responsable que des *compensatory damages*, et non, en l'absence d'instructions données en vue de l'adoption du comportement réprimé, des *punitive damages*, ce qui permet de penser que ceux-ci assurent, pour la Cour, une réelle fonction punitive.

officiellement l'existence de dommages et intérêts punitifs, en retient néanmoins une conception indemnitaire. En revanche, il semble que lorsque les décisions retiennent des *punitive damages* une conception correspondant aux *aggravated damages* du droit anglais, ceux-ci présentent un caractère strictement indemnitaire et doivent être exclus du champ de l'étude. En effet, si un comportement blâmable est alors requis, c'est uniquement en ce qu'il conditionne la survenance d'un préjudice particulier, qui constitue le véritable fondement de ces *damages*. L'effet punitif de la décision est alors certes renforcé mais n'en constitue pour autant pas une fonction.

269. L'affirmation d'une fonction principalement punitive. Il serait pourtant erroné de penser que la conception indemnitaire des *punitive damages* s'impose aux États-Unis. Ainsi l'analyse des décisions se prononçant sur les finalités de ces *damages*¹¹⁰⁹ conduit les auteurs du *second Restatement of Torts* à affirmer que « Les finalités de l'attribution de *punitive damages*, ou “*exemplary*” *damages* ainsi qu'ils sont fréquemment appelés, sont de punir la personne adoptant le comportement fautif et de le décourager, lui ainsi que d'autres, de suivre une conduite similaire à l'avenir »¹¹¹⁰. Il apparaît alors que les fonctions reconnues aux *punitive damages* aux États-Unis sont, dans la majorité des états, punitive et dissuasive, la dimension indemnitaire n'étant mise en avant que par quelques états¹¹¹¹. En ce sens, la Cour Suprême des États-Unis a affirmé, dans *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*¹¹¹² que les *punitive damages* « qui ont été décrits comme “quasi-criminels,”

¹¹⁰⁹ Voir par exemple, au niveau fédéral : *Chuy v. Philadelphia Eagles Football Club*, 595 F.2d 1265, 3rd Cir. (1979) : « the special sanction of punitive damages. That sanction serves the dual function of penalizing past conduct constituting an aggravated violation of another's interests, and of deterring such behavior in the future » ; *Knipper v. Ford Motor Co.*, 546 F.2d 993, D.C.Cir. (1976) : « Punitive damages are not favored by law but are awarded to punish and deter outrageous conduct » ; *Anglo-American General Agents v. Jackson Nat'l Life Ins. Co.*, 83 F.R.D. 41, N.D.Cal. (1979) : « Punitive damages are designed to punish and to make an example, just as criminal findings may do ; they are not, however, supposed to go beyond the level necessary properly to punish and deter ». Décision rendue par une juridiction fédérale concernant le droit du Tennessee : *Johnson v. Husky Industries*, 536 F.2d 645, 6th Cir. (1976) : « Under Tennessee law, punitive damages are allowed as punishment of wrongdoers and are not based so much upon the nature and extent of the injury as they are upon the oppression of the party who does the injury ». Pour le Tennessee : *Hutchison v. Pyburn*, 567 S.W.2d 762, Tenn.App. (1978) : « Punitive or exemplary damages are awarded to punish a defendant for his wrongful conduct and to deter others from similar conduct in the future ». Décision rendue par une juridiction fédérale concernant le droit du Missouri : *Northern v. McGraw-Edison Co.*, 542 F.2d 1336, 8th Cir. (1976) : « In Missouri, punitive damages are awarded for the purpose of punishing the wrongdoer and to serve as an example and deterrent to others engaging in similar conduct in the future ». Pour l'Alaska : *Sturm, Ruger & Co. v. Day*, 594 P.2d 38, Alaska (1979).

¹¹¹⁰ « Punitive Damages », in *Restatement of the Law*, *op. cit.*, § 908, p. 1 : « The purposes of awarding punitive damages, or “exemplary” damages as they are frequently called, are to punish the person doing the wrongful act and to discourage him and others from similar conduct in the future ».

¹¹¹¹ J. Y. Gotanda, *Punitive Damages : A Comparative Analysis*, *op. cit.*, p. 31 ; A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 36.

¹¹¹² *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, 121 S.Ct. 1678 (2001) : « which have been described as “quasi-criminal,” operate as “private fines” intended to punish the defendant and to deter future wrongdoing ».

opèrent tels des “amendes privées” visant à punir et dissuader le défendeur et à prévenir les fautes ». Se livrant à une analyse de l'évolution des *punitive damages*, dont l'absolutisme a certes été contesté¹¹¹³, la Cour affirma : « Les *punitive damages* ont quelque peu évolué depuis l'époque des sources citées par l'intimé. Jusqu'à une part importante du XIX^{ème} siècle, les *punitive damages* ont fréquemment été utilisés pour compenser des atteintes intangibles, compensation qui n'était pas possible autrement sous la conception étroite des *compensatory damages* qui prévalait à l'époque. Comme les types de *compensatory damages* pouvant être attribués aux demandeurs se sont élargis, (la souffrance et la douleur sont généralement indemnisables comme type de *compensatory damages*), la théorie derrière les *punitive damages* a glissé vers une conception davantage purement punitive (et donc moins factuelle) »¹¹¹⁴.

270. Un régime variable. Un rapide regard sur le régime des *punitive damages* en droit américain peut cependant laisser penser que ceux-ci ne sont pas totalement étrangers à l'indemnisation de la victime.

Au stade de l'attribution des *punitive damages*, on constate que « quasiment tous les états qui autorisent les *punitive damages* ont maintenu l'exigence [...] qu'un dommage réel, même *nominal*, soit démontré afin de pouvoir prétendre à l'attribution de *punitive damages*. Cela implique que les juridictions et législateurs souhaitent que les attributions de *punitive damages* restent, d'une certaine façon, basées sur l'idée d'indemnisation privée »¹¹¹⁵. On peut de plus remarquer que certaines juridictions ont

¹¹¹³ J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 33 et 34.

¹¹¹⁴ *Ibid.* : « punitive damages have evolved somewhat since the time of respondent's sources. Until well into the 19th century, punitive damages frequently operated to compensate for intangible injuries, compensation which was not otherwise available under the narrow conception of compensatory damages prevalent at the time. As the types of compensatory damages available to plaintiffs have broadened, (pain and suffering are generally available as species of compensatory damages), the theory behind punitive damages has shifted toward a more purely punitive (and therefore less factual) understanding ».

¹¹¹⁵ A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 36 : « Virtually state that permits punitive damages has maintained [...] that actual damage, even if only nominal, must be shown to merit an award of punitive damages. This implies that courts and legislatures intend punitive damages awards to remain somewhat grounded in theories of private redress ». Voir également : C. Vanleenhove, *Punitive Damages in Private International Law*, *op. cit.*, n° 64. Le deuxième *Restatement* consacré aux *Torts* (« Punitive Damages », in *Restatement of the Law*, *op. cit.*, § 908, p. 3 et 4), évoque une multitude de décisions se prononçant en ce sens. Voir par exemple : au niveau fédéral : *Aubertin v. Board of City Comm'rs*, 588 F.2d 781, 10th Cir. (1978) : « The jury in the instant case has by its verdict now determined that there should be no recovery for even compensatory damages. It is on this basis that we say the claim for punitive damages is now moot ». Pour la Californie : *Brewer v. Second Baptist Church*, 32 Cal.2d 791, 197 P.2d 713 (1948) : « The rule that exemplary damages cannot be imposed unless the plaintiff has suffered actual damages is based on the principle that the defendant must have committed a tortious act before exemplary damages can be assessed ». Pour le Mississippi : *Mississippi Power Co. v. Jones*, 369 So.2d 1381 (1979), n° 1386 : « the instruction given by the trial court was proper because punitive damages predicated on actual damages are not recoverable if no actual damages are allowed ». Pour le Kansas : *Reeder v. Guaranteed Foods, Inc.*, 194 Kan. 386, 399 P.2d 822 (1965) : « Before exemplary or punitive damages may be

refusé l'attribution de *punitive damages* si l'indemnisation consistait uniquement en des *nominal damages*¹¹¹⁶. La spécificité de ces *damages* peut, il est vrai, conduire à s'interroger en ce cas sur l'existence d'un véritable préjudice.

271. De plus, au stade de la fixation du montant des *punitive damages*, toute prise en compte du préjudice n'est pas exclue. Les critères permettant de déterminer ce montant constituent « peut-être l'aspect le plus varié des *punitive damages* aux États-Unis »¹¹¹⁷. Concernant plus spécifiquement la prise en compte du dommage réel dans la fixation des *punitive damages*, les solutions semblent contrastées. Si « de nombreux états exigent que les *punitive damages* soient raisonnablement en rapport avec les *compensatory damages* attribués »¹¹¹⁸, certains contestent ouvertement la nécessité d'un tel rapport¹¹¹⁹.

Au niveau fédéral, le contrôle du montant des *punitive damages* s'est développé à partir des années 1990¹¹²⁰. Les juges de la Cour Suprême ont, dans un premier temps, refusé d'appliquer aux *punitive damages* la prohibition des *excessive fines* imposée par le Huitième Amendement¹¹²¹, affirmant : « Nous décidons [...] en raison de l'histoire et du but du Huitième Amendement que son *Excessive Fines Clause* ne s'applique pas à l'attribution de *punitive damages* dans les litiges entre parties privées »¹¹²². La Cour

awarded, party upon whom burden of proof is cast must establish actual damages and the right to recover therefor ».

¹¹¹⁶ Cette extension a pu être refusée par certaines juridictions. Ainsi, la Cour Suprême de l'Arkansas a considéré, dans *Stoner v. Houston*, 265 Ark. 928, 582 S.W.2d 28 (1979), n° 933, que « The law is settled that exemplary or punitive damages is dependent upon the recovery of actual damages. Nominal damages will not support a punitive award ». De même la Cour Suprême du Texas a pu affirmer : « There can be no recovery of exemplary damages in the absence of a recovery of actual damages. A verdict of nominal actual damages is not sufficient » (*Fort Worth Elevators Co. v. Russell*, 123 Tex. 128, 70 S.W.2d 397 [1934]). De même la Cour Suprême du Maine *Stacy v. Portland Pub. Co.*, 68 Me. 279 (1878) : « In an action for libel, if the jury decide that all the actual damages sustained are merely nominal, punitive damages are not recoverable ».

¹¹¹⁷ A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 75 : « Perhaps the most varied aspect of punitive damages in America ». Voir dans le même sens : C. Vanleenhove, *Punitive Damages in Private International Law*, op. cit., n° 56.

¹¹¹⁸ A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 81 : « many states require that punitive damages bear some reasonable relationship to the award of compensatory damages ».

¹¹¹⁹ A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », loc. cit.. Voir : *Green oil Co. v. Hornsby*, 539 So.2d 218 (1989) : « Although punitive damages need bear no particular relationship to actual damages, they must not exceed amount that will accomplish society's goal of punishment and deterrence ».

¹¹²⁰ J. Y. Gotanda, *Punitive Damages : A Comparative Analysis*, op. cit., p. 35 ; A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? - L'exemple des discriminations », art. préc., n° 16 et 17.

¹¹²¹ « Excessive bail shall not be required, nor *excessive fines* (Nous soulignons) imposed, nor cruel and unusual punishments inflicted ».

¹¹²² *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. et al. v. Kelco Disposal, Inc. et al.*, 492 U.S. 257, 109 S.Ct. 2909 (1989) : « We [...] hold, on the basis of the history and purpose of the Eighth Amendment, that its Excessive Fines Clause does not apply to awards of punitive damages in cases between private parties ». Voir cependant la formulation quelque peu surprenante retenue dans *Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc.*, préc. : « Despite the broad discretion that States possess with respect to the imposition of criminal penalties and punitive damages, the Due Process Clause of the Fourteenth Amendment to the Federal Constitution imposes substantive

Suprême a cependant laissé ouvert le contrôle sur d'autres fondements. C'est ainsi à travers la *Due Process Clause*¹¹²³ que cette juridiction a peu à peu imposé l'exigence d'un contrôle du montant des *punitive damages*, notamment au regard de leur proportion par rapport aux *compensatory damages*¹¹²⁴. Dans *BMW of North America, Inc. v. Gore*¹¹²⁵, la Cour Suprême a dégagé trois critères, le second tenant au rapport existant entre le dommage et les *punitive damages*. Toutefois, le dommage pris en compte par la Cour Suprême dans cette décision n'est pas seulement « le dommage réellement subi mais également celui susceptible de résulter du comportement du défendeur »¹¹²⁶. La position de la Cour se fit plus précise dans *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*¹¹²⁷. Tout en se refusant à déterminer un ratio précis entre *punitive* et *compensatory damages*, la Cour affirma que les « multiplicateurs à un seul chiffre sont plus susceptibles de respecter le *due process* »¹¹²⁸ tout en concédant que « parce qu'il n'y a pas de limite rigide qu'une attribution de *punitive damages* ne pourrait pas dépasser¹¹²⁹, des ratios plus importants que ceux que nous avons précédemment maintenus pourraient respecter le *due process* lorsque “un comportement particulièrement grave n'a entraîné qu'une faible préjudice économique” »¹¹³⁰. Certaines incertitudes entourent cependant l'importance à accorder au critère du *single digit*¹¹³¹.

limits on that discretion. That Clause makes the Eighth Amendment's prohibition against excessive fines and cruel and unusual punishments applicable to the States ».

¹¹²³ Cinquième Amendement : « No person shall be [...] deprived of life, liberty, or property, without due process (nous soulignons) of law ; nor shall private property be taken for public use, without just compensation » ; Quatorzième Amendement : « No State shall deprive any person of life, liberty, or property, without due process of law (nous soulignons) ».

¹¹²⁴ Sur cette évolution voir : A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 87 et s. ; J. Y. Gotanda, *Punitive Damages : A Comparative Analysis, op. cit.*, p. 35.

¹¹²⁵ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, préc.

¹¹²⁶ *Ibid.* Voir déjà : *TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corps et al.*, 509 U.S. 443, 113 S.Ct. 2711 (1993). Dans cette affaire, la Cour rejeta les critères proposés par TXO, lesquels comprenaient notamment l'exigence d'une certaine proportionnalité entre les *punitive damages* et les *compensatory damages*. Venant préciser la solution retenue dans *Pacific Mutual life insurance Company v. Haslip*, 499 U.S. 1, 111 S.Ct. 1032 (1990), la Cour rappela qu'un des critères pour apprécier le caractère excessif de la condamnation était, dans la lignée de la jurisprudence de la Cour Suprême de l'Alabama, que les « Punitive damages should bear a reasonable relationship to the harm that is likely to occur from the defendant's conduct (Souligné par la Cour) as well as to the harm that actually has occurred ».

¹¹²⁷ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513 (2003).

¹¹²⁸ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, préc. : « Single-digit multipliers are more likely to comport with due process ».

¹¹²⁹ Tel n'est le cas que pour certains états fédérés.

¹¹³⁰ *State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell*, préc. : « because there are no rigid benchmarks that a punitive damages award may not surpass, ratios greater than those we have previously upheld may comport with due process where “a particularly egregious act has resulted in only a small amount of economic damages.” (Citant *BMW of North America, Inc. v. Gore*) »

¹¹³¹ A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », art. préc., n° 94 et s.. L'auteur souligne que la position de certains juges dans *Philip Morris U.S.A v. Williams*, 127 S. Ct. 1057 (2007) conduit à s'interroger sur la force à accorder au critère du ratio dans les cas impliquant une atteinte consciente à la vie humaine.

272. Il apparaît cependant immédiatement que ce dernier aspect du régime des *punitive damages* ne conduit pas à leur conférer un caractère indemnitaire. D'une part, l'existence d'une proportion entre les *punitive damages* et le dommage subi n'empêche pas ces *damages* d'être attribués au-delà de la seule indemnisation, ce qui semble exclure que ceux-ci puissent poursuivre une fonction réparatrice. D'autre part, la limitation des *punitive damages* en fonction du dommage subi n'est que l'expression d'une règle technique, visant à définir un maximum adaptable permettant de prévenir l'attribution, si souvent reprochée au système américain, de *punitive damages* d'un montant extrêmement élevé. Le dommage subi, s'il constitue « peut-être l'élément le plus communément cité du prononcé de *punitive damages* déraisonnables ou excessifs »¹¹³², ne constitue d'ailleurs pas le seul critère, « l'indice le plus important du caractère raisonnable d'une attribution de *punitive damages* étant peut-être le degré de "répréhensibilité" de la conduite du défendeur »¹¹³³. La prise en compte du ratio entre *punitive* et *compensatory damages* est alors effectuée de manière souple afin de permettre aux *punitive damages* de remplir efficacement des fonctions punitive et dissuasive. Le choix de ce critère, parmi d'autres, pour fixer une limitation aux montants que peuvent atteindre ces sanctions est aisément compréhensible en droit américain : ce droit est en effet coutumier des *multiple damages*, à savoir des *damages* assurant une fonction normative et déterminés en multipliant le montant de l'indemnité. Si le choix de ce critère peut soulever certaines difficultés¹¹³⁴, il ne confère pas aux *punitive damages* une fonction indemnitaire.

273. Reste alors à s'interroger sur l'exigence, troublante dans une conception strictement punitive des *punitive damages*, que des *compensatory damages* soient prononcés.

Un premier élément conduit à nuancer la portée de cette observation. En dépit de certaines décisions se prononçant en sens contraire¹¹³⁵ il est généralement admis que la simple attribution de *nominal damages* suffit à fonder l'attribution de *punitive*

¹¹³² *BMW of North America, Inc. v. Gore*, préc..

¹¹³³ *BMW of North America, Inc. v. Gore*, préc. : « Perhaps the most important indicium of the reasonableness of a punitive damages award is the degree of reprehensibility of the defendant's conduct ».

¹¹³⁴ En particulier, il ne semble pas évident que la gravité du comportement soit toujours en lien avec celle du dommage. Cette critique peut toutefois être relativisée dès lors que la Cour suprême semble tenir compte également du dommage potentiel.

¹¹³⁵ *Cf supra*, note n° 1116.

*damages*¹¹³⁶. Les *nominal damages* sont attribués « Lorsqu'une *cause of action* pour *tort* existe mais qu'aucun dommage n'a été causé par le *tort* ou que le montant du dommage dérisoire ou n'est pas suffisamment établi pour que des *compensatory damages* puissent être attribués »¹¹³⁷. En ce cas « un jugement attribuant des *nominal damages* sera prononcé, consistant en une somme faible à l'encontre du fautif »¹¹³⁸. Les *nominal damages* ne sont, de ce fait, pas justifiés par le dommage subi par la victime, mais par la seule atteinte aux droits de la victime, du seul fait de la faute du défendeur. Constatant que ces *damages* peuvent suffire à autoriser l'attribution de *punitive damages* il a pu être affirmé « qu'il n'est pas nécessaire, pour obtenir des *punitive damages*, que le demandeur ait subi une atteinte quelconque, physique ou pécuniaire »¹¹³⁹.

274. En outre, l'exigence d'un dommage réel pour que des *punitive damages* puissent être prononcés ne semble pas nécessairement liée, dans l'esprit des juges, à une quelconque conception indemnitaire de cette sanction. Ainsi peut-on trouver affirmé au sein d'une même décision que « (Les défendeurs soutiennent qu') en l'absence de dommages réels, les *punitive damages* ne peuvent être accordés. Cette affirmation est bien établie et ne mérite pas de longues discussions »¹¹⁴⁰ et que « comme indiqué par ses synonymes, les *exemplary damages*, sont un type de punition. Ils sont

¹¹³⁶ Au niveau fédéral, un jugement prononçant des *exemplary damages* a été confirmé alors qu'il ne prononçait pas ailleurs que des *nominal damages* : *Wilson v. Vaughn*, 23 F. 229 10th Cir. (1885). Affirmé pour le droit de l'Alabama par une cour fédérale dans *Kelite Products, Inc. v. Binzel*, 224 F.2d 131 5th Cir. (1955) : « In Alabama the jury may award punitive damages for such an aggravated tort even though the plaintiff has failed to show any actual damages, and though the jury finds him entitled only to nominal compensatory damages ». Pour la Californie : *Muller v. Reagh*, 150 Cal.App.2d 99, 309 P.2d 826 (1957) : « punitive damages are recoverable only in case actual damages are recovered, but that does not mean that for that purpose actual damages need be more than nominal ». L'absence d'exigence d'un dommage réel pour attribuer des *punitive damages* a toutefois pu être nuancée par certaines décisions. Ainsi dans *Sterling Drug, Inc. v. Benatar*, 85 Cal.App.3d 981 (1950) la Cour affirma : « Nominal damages are not only recovered where no actual damage resulted from an ascertained violation of right but also where actual damages have been sustained, the extent of which cannot be determined. The granting of exemplary damages in cases of the latter kind is not inconsistent with the rule that actual damage is a necessary predicate of punitive damages ». La Cour Suprême de l'Idaho, dans *Crystal Dome Oil & Gas Co. v. Savic*, 51 Idaho 409 (1931), affirma : « Damages, though nominal, are none the less actual », permettant que des *punitive damages* soient accordés sur la seule base de *nominal damages*. Pour le Missouri : « It is well settled in this state and by the weight of authority elsewhere that punitive damages may be assessed though the recovery of actual damages be only nominal » (*State ex rel. St. Joseph Belt Ry. Co. v. Shain et al.*, 341 Mo. 733 [1937]). Pour le Nouveau-Mexique : « It has already been indicated by this Court that such an award (celle de *nominal damages*), in a proper case, will support an award of punitive damages, and we so hold the law to be in this jurisdiction » (*Crawford v. Taylor*, 58 N.M. 340, 270 P.2d 978 [1954]).

¹¹³⁷ « Nominal Damages », in *Restatement of the Law, op. cit.*, § 907, p. 1 : « When a cause of action for a tort exists but no harm has been caused by the tort or the amount of harm is not significant or is not so established that compensatory damages can be given ».

¹¹³⁸ *Ibid.* : « judgment will be given for nominal damages, consisting of a trivial award against a wrongdoer ».

¹¹³⁹ « Punitive Damages », in *Restatement of the Law, op. cit.*, § 908, p. 2 : « it is not essential to the recovery of punitive damages that the plaintiff should have suffered any harm, either pecuniary or physical ».

¹¹⁴⁰ *Syester v. Banta*, 257 Iowa 613, 133 N.W.2d 666 (1965) : « (Defendants argue that) in the absence of actual damages, punitive damages cannot be awarded. That proposition is well established and needs no extended discussion ».

accordés au demandeur à la discrétion du jury comme moyen de rétorsion contre le défendeur pour sa conduite anti-sociale, comme moyen de l'empêcher d'adopter une conduite similaire à l'avenir, comme moyen de dissuader d'autres qui pourraient incliner à suivre un tel comportement »¹¹⁴¹. De façon plus nette encore, la Cour Suprême de l'Iowa a affirmé que les : « *exemplary damages* sont accordés comme punition et moyen de dissuasion du fautif ou d'autres. Ils ne sont pas de droit et sont seulement accessoires à l'affaire principale. La raison pour exiger que de véritables *damages* soient prouvés est parce que la punition et la dissuasion ne sont justifiées que lorsqu'un dommage a été causé »¹¹⁴².

275. Conclusion sur les fonctions des dommages et intérêts punitifs officialisés à l'étranger. Il ressort de l'observation des systèmes étrangers une certaine incertitude. Si la plupart des droits admettant des dommages et intérêts punitifs retiennent de ceux-ci une conception strictement rétributive et dissuasive, le droit américain en offre une vision plus mitigée. La force avec laquelle certaines décisions affirment le caractère essentiellement indemnitaire des *punitive damages* peut toutefois faire douter qu'il s'agisse encore réellement de véritables peines. Selon l'analyse livrée en Angleterre par Lord DEVLIN, il apparaît *a minima* que la consécration des dommages et intérêts punitifs ne lève pas nécessairement toute incertitude quant à leurs fonctions. En droit américain, certains états semblent alors conserver une conception à la fois indemnitaire et rétributive des *punitive damages*. Même si ce cas apparaît minoritaire, l'officialisation des dommages et intérêts punitifs ne semble dès lors pas avoir nécessairement entraîné une unification totale des fonctions leur étant reconnues.

2 – Les pistes de réception des dommages et intérêts punitifs en droit français.

276. À s'en tenir à présent au droit français, les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile ayant envisagé la consécration de dommages et

¹¹⁴¹ *Ibid.* : « As indicated by its synonyms, "exemplary" damages are a species of punishment. They are awarded to the plaintiff in the discretion of the jury as a means of retaliation against the defendant for his anti-social conduct, as a means of preventing him from acting similarly in the future, and as a means of deterring others who might be so inclined ».

¹¹⁴² *Pringle Tax Service, Inc. v. Knoblauch*, 282 N.W.2d 151 (1979) : « Exemplary damages are awarded as punishment and as a deterrent to the wrongdoer and others. They are not recoverable as of right and are only incidental to the main cause of action. The reason for requiring actual damages to be shown is that punishment and deterrence are warranted only when harm has been done ».

intérêts punitifs montrent un engouement variable pour cette notion (a) alors que ses consécutions effectives restent pour l'instant en retrait (b).

a – Un engouement variable pour les dommages et intérêts punitifs à travers les projets de révision du droit de la responsabilité civile.

277. Les dommages et intérêts punitifs, figure emblématique des peines privées pécuniaires, ont donné lieu à des débats particulièrement vifs¹¹⁴³. Si le droit positif français ignore largement – au moins de façon avouée – ce mécanisme, plusieurs projets de réforme du droit des obligations ont envisagé sa consécution. De nombreux commentaires ont été consacrés à ces différents projets¹¹⁴⁴. Néanmoins il ne semble pas inutile de revenir rapidement sur ceux-ci afin de déterminer vers quelle compréhension des dommages et intérêts punitifs pourrait tendre notre droit si ceux-ci devaient être admis.

278. Hormis l'avant-projet et le projet de réforme de la responsabilité civile¹¹⁴⁵ qui ont marqué une préférence pour l'amende civile par rapport aux dommages et intérêts punitifs, trois propositions concernant une réforme de la responsabilité civile doivent être mentionnées : l'avant-projet de réforme du droit des obligations sous la direction de Pierre CATALA, le rapport d'information du Sénat relatif

¹¹⁴³ Pour une présentation générale de ces oppositions, voir : J.-S. Borghetti, « Punitive damages in France », art. préc. ; R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les Dommages et intérêts punitifs ? », art. préc. ; A. Anziani et L. Bêteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 85 : « Dans l'évolution envisagée des règles de responsabilité civile, la question de l'introduction de dommages et intérêts punitifs est sans doute la plus polémique. Les auditions auxquelles ont procédé vos rapporteurs ont d'ailleurs montré l'absence totale d'un consensus en la matière ». Si plusieurs auteurs apportent ainsi leur soutien à la consécution des dommages et intérêts punitifs (Voir par exemple : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 45 et s. ; G. Viney, « Rapport de synthèse », art. préc. ; M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », art. préc., n° 5 et s. ; K. Jakouloff, « Pour l'insertion de dommages et intérêts punitifs au sein du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC* 2016/4), d'autres se montrent à l'inverse très critiques vis-à-vis de cette notion. Voir de façon générale, *supra* note n° 799 et s..

¹¹⁴⁴ Voir par exemple : Y. Lambert-Faivre, « Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du Code civil) », art. préc., p. 164 ; M. Fabres-Magnan, *Droit des obligations, 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, p. 454 et 455 ; G. Viney, « Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G* 2016/4, doct. 99, n° 29 ; M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 20 ; D. Fasquelle, R. Mesa, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005.2666 ; S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, p. 822 et s. ; I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.* 2017.19, n° 14.

¹¹⁴⁵ Respectivement publiés en 2016 et 2017.

à la responsabilité civile rédigé par les Sénateurs ANZIANI et BÉTEILLE, ainsi que le projet de réforme sous la direction de Monsieur TERRÉ.

279. L'avant-projet CATALA. L'avant-projet CATALA fut sans doute influencé par les modèles anglosaxons¹¹⁴⁶, québécois, ainsi que par un mouvement doctrinal visant à assurer la reconnaissance de « la responsabilité civile dans sa fonction de peine privée »¹¹⁴⁷ et à permettre une réactivation de la fonction normative de la responsabilité civile¹¹⁴⁸. Cet avant-projet, dans son volet consacré à la responsabilité civile, proposait d'introduire dans le Code civil un article 1371 disposant « L'auteur d'une faute manifestement délibérée, et notamment d'une faute lucrative, peut être condamné, outre les dommages-intérêts compensatoires, à des dommages-intérêts punitifs dont le juge a la faculté de faire bénéficier pour une part le Trésor public. La décision du juge d'octroyer de tels dommages-intérêts doit être spécialement motivée et leur montant distingué de celui des autres dommages-intérêts accordés à la victime. Les dommages-intérêts punitifs ne sont pas assurables ». Explicitant cette solution, Madame VINEY, à qui avait été confiée la commission en charge de la responsabilité civile au sein de l'avant-projet, indiquait qu'il existe deux raisons à l'introduction de dommages et intérêts non compensatoires : les fautes lucratives et les fautes délibérées d'une particulière gravité¹¹⁴⁹. C'est surtout en matière de faute lucrative que Madame VINEY défendait l'utilité des dommages et intérêts punitifs, afin « d'autoriser la restitution ou la confiscation du profit illicite »¹¹⁵⁰.

280. Caractères des dommages et intérêts punitifs dans l'avant-projet. L'analyse des caractères des dommages et intérêts punitifs, tels qu'envisagés par l'avant-projet CATALA, présente certaines difficultés. Si l'avant-projet opérait une distinction nette entre les dommages et intérêts classiques et les dommages et intérêts punitifs¹¹⁵¹, il semblait pourtant faire de l'aspect punitif un « simple accessoire de l'indemnitaire »¹¹⁵². On peut ainsi

¹¹⁴⁶ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 281.

¹¹⁴⁷ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*.

¹¹⁴⁸ C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, *passim*. Pour sa part, l'auteur propose la consécration d'une dualité d'actions sans doute inspirée des propositions de Boris STARCK, distinguant entre la réparation-indemnisation et la réparation-expiation.

¹¹⁴⁹ G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

¹¹⁵⁰ *Ibid.*

¹¹⁵¹ S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », art. préc..

¹¹⁵² Ph. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », art. préc., p. 1120 et 1121.

souligner que l'expression « outre les dommages et intérêts compensatoires » semble impliquer que les dommages et intérêts punitifs ne peuvent être prononcés qu'en présence d'une condamnation à de tels dommages et intérêts classiques et donc qu'en présence d'un dommage. Cette lecture de l'article est pourtant loin d'être certaine¹¹⁵³. La nécessité d'un dommage n'est généralement pas mise en avant par les commentateurs du projet¹¹⁵⁴ et ne correspond pas nécessairement à l'intention de ses rédacteurs. On peut en effet remarquer que l'exposé des motifs de l'avant-projet indique que la faute lucrative consiste en « une faute dont les conséquences profitables pour son auteur ne seraient pas neutralisées par une simple réparation des dommages causés »¹¹⁵⁵. Cette référence à l'effet normatif de la réparation invite à penser que la mention des dommages et intérêts compensatoires au sein de l'article 1371 de l'avant-projet peut être comprise comme soulignant la nécessité de tenir compte dans la détermination du *quantum* des dommages et intérêts punitifs de l'effet punitif des sommes attribuées à titre de réparation.

L'impression selon laquelle la fonction répressive se trouverait, au sein de l'avant-projet, dans la dépendance de la fonction indemnitaire peut également résulter de la lecture de l'exposé des motifs, lequel indique : « En ce que concerne les fonctions assignées à la responsabilité, les textes proposés accordent la première place à la réparation, conformément au droit actuel »¹¹⁵⁶. La suite de l'exposé des motifs brouille cependant la perception du mécanisme, affirmant : « Toutefois, une disposition ouvre prudemment la voie à l'octroi de dommages-intérêts punitifs ». L'opposition véhiculée par l'emploi du terme « toutefois » laisse alors penser que les auteurs de l'avant-projet entendaient détacher les dommages et intérêts punitifs de la fonction réparatrice de la responsabilité. Dans le même sens, Madame VINEY évoquait, au sujet de la sanction des fautes particulièrement graves et délibérées, « une condamnation à portée strictement punitive »¹¹⁵⁷. Le caractère punitif des dommages et intérêts proposés par l'articles 1371 de l'avant-projet est, sur un plan technique, souligné

¹¹⁵³ Sur les incertitudes soulevées par cette rédaction voir notamment : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1-374.

¹¹⁵⁴ Voir par exemple : M. Chagny, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques concurrentielles », art. préc., n° 8 et s. ; P. Kamina, « Dommages et intérêts, quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », art. préc..

¹¹⁵⁵ G. Viney, « Exposé des motifs », in *Avant-projet du droit des obligations et du droit de la prescription, rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, p. 141 et s., spéc. p. 148.

¹¹⁵⁶ G. Viney, « Exposé des motifs », préc., p. 148.

¹¹⁵⁷ G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc.. Dans cet article, Madame VINEY distingue entre la faute lucrative conduisant à une restitution du profit illicite et les fautes justifiant une condamnation strictement punitive. Ce faisant, l'auteur semble aller plus loin dans la distinction que l'avant-projet. Si celui-ci isolait le cas particulier des fautes lucratives, il ne paraissait pas en tirer de conséquence quant à la sanction prononcée, laquelle correspondrait alors en toute circonstances à une sanction « strictement punitive ». Si l'opposition est alors faite entre la restitution et la punition, on peut néanmoins penser que l'expression véhicule une compréhension purement punitive des dommages et intérêts punitifs.

par l'affirmation de l'interdiction d'assurer de ces derniers. Cette interdiction, qui rappelle les solutions retenues en matière de sanctions pénales, correspond manifestement à une volonté de privilégier la dimension répressive du mécanisme¹¹⁵⁸.

Enfin et surtout, la faculté conférée au juge d'attribuer pour partie les dommages et intérêts punitifs au Trésor public renforce l'idée que ceux-ci remplissent une fonction strictement punitive, dans la mesure où l'on voit mal comment des sommes attribuées à un autre que la victime pourraient remplir une telle fonction¹¹⁵⁹.

281. Les caractères des dommages et intérêts punitifs proposés par l'avant-projet CATALA apparaissent donc en partie incertains, impression renforcée par l'absence de critères clairement établis pour déterminer le *quantum* de la sanction¹¹⁶⁰, ce qui rend l'analyse du mécanisme particulièrement délicate. Si le mécanisme proposé semble par certains aspects présenter un caractère purement punitif, cette lecture de l'avant-projet ne s'impose pas de façon évidente. Ces hésitations résultent sans doute de ce que l'attention paraît avoir été portée quasi-exclusivement sur la faute conditionnant le prononcé des dommages et intérêts punitifs, au détriment d'une analyse claire du mécanisme lui-même. Ce faisant, et assez paradoxalement, la disposition conduit non seulement à s'interroger sur la sanction proposée elle-même mais également sur les conditions de son prononcé, l'absence de nécessité d'un dommage avéré n'étant pas certaine.

282. Le rapport d'information du Sénat relatif à la responsabilité civile. Le rapport d'information du Sénat réalisé par les sénateurs Anziani et Béteille en 2009 préconisait, dans sa recommandation n° 24, d'« Autoriser les dommages et intérêts punitifs en cas de fautes lucratives dans certains contentieux spécialisés, versés par priorité à la victime et, pour une part définie par le juge, à un fonds d'indemnisation ou, à défaut, au Trésor public, et dont le montant serait fixé en fonction de celui des dommages et intérêts compensatoires »¹¹⁶¹.

¹¹⁵⁸ S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », art. préc. ; S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », art. préc., n° 12.

¹¹⁵⁹ Sauf à considérer que le juge doit alors arbitrer entre la part des dommages et intérêts punitifs remplissant des fonctions à la fois indemnitaire et punitive et celle assumant uniquement la seconde, ce qui constituerait une conception particulièrement complexe du mécanisme.

¹¹⁶⁰ S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », art. préc. ; D. Fasquelle, R. Mesa, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *art. cit.* ; P. Kamina, « Dommages et intérêts, quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », art. préc. ; M. Chagny, « La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques concurrentielles », art. préc., n° 11.

¹¹⁶¹ A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 100.

283. Une conception incertaine des dommages et intérêts punitifs. La conception des dommages et intérêts punitifs retenue par le rapport présente certaines zones d'ombre. Celui-ci propose de plafonner le montant des dommages et intérêts punitifs en fonction de celui des dommages et intérêts indemnitaires et indique que « Si l'on convient que la fonction punitive doit, en matière civile, être nécessairement subsidiaire à l'indemnisation, il semble souhaitable que le montant maximal ne puisse dépasser le montant des dommages et intérêts indemnitaires octroyés par le juge. Si, au contraire, l'on souhaite dépasser cette simple fonction compensatoire et affirmer plus fortement la fonction également punitive de la responsabilité civile, le montant maximum des dommages et intérêts punitifs versés pourrait être supérieur au montant des dommages et intérêts compensatoires »¹¹⁶². Cette présentation est particulièrement obscure et traduit manifestement une certaine confusion.

D'une part, le fait que le montant des dommages et intérêts punitifs soit limité à celui des dommages et intérêts compensatoires traduit certes une prévalence quantitative de la dimension indemnitaire, laquelle importe finalement assez peu, mais en aucun cas une primauté fonctionnelle.

D'autre part, et surtout, il est particulièrement surprenant de laisser entendre qu'une somme attribuée au-delà de la compensation, serait-elle plafonnée au montant de celle-ci, remplit une fonction compensatoire.

La lecture que livre le rapport d'information des dommages et intérêts punitifs est d'autant moins certaine que, s'interrogeant au sujet des règles constitutionnelles applicables à ce mécanisme, celui-ci indique : « vos rapporteurs soulignent qu'en l'état, il est difficile d'évaluer précisément dans quelle mesure les dommages et intérêts punitifs doivent être considérés comme des "sanctions-punitions" ou constituent simplement des "pénalités-réparations" »¹¹⁶³, au regard de la jurisprudence constitutionnelle. Au sein des éléments concourant dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel à définir la sanction punitive, le but de la sanction constitue un critère important de cette qualification¹¹⁶⁴, si bien que l'incertitude quant à la qualification constitutionnelle de la mesure n'est vraisemblablement pas étrangère à une incertitude entourant ses fonctions.

¹¹⁶² A. Anziani et L. Bételle, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, op. cit., p. 97.

¹¹⁶³ A. Anziani et L. Bételle, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, op. cit., p. 87.

¹¹⁶⁴ Cf *infra*, n° 548.

La position du rapport concernant les caractères des dommages et intérêts est surprenante, ne serait-ce que dans la mesure où celui-ci propose, à l'image de l'avant-projet CATALA, d'accorder au juge la faculté d'attribuer une part des dommages et intérêts punitifs à un autre que la victime, ce qui se conçoit beaucoup plus aisément en présence d'une acception purement punitive des dommages et intérêts punitifs.

284. L'incertitude entourant les dommages et intérêts punitifs au sein du projet TERRÉ. Le projet TERRÉ, tant dans son volet dédié au droit des contrats¹¹⁶⁵ que dans celui portant sur la responsabilité civile extracontractuelle¹¹⁶⁶ consacre des dispositions aux dommages et intérêts et à leur fixation. Les deux volets du projet envisagent des dommages et intérêts paraissant s'éloigner de la seule exécution par équivalent pour le premier¹¹⁶⁷, de la réparation pour le second.

À s'en tenir à la matière extracontractuelle, l'article 54 du projet prévoyait que « Lorsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré par le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur. La part excédant la somme qu'aurait reçue le demandeur au titre des dommages-intérêts compensatoires ne peut être couverte par une assurance de responsabilité ». Si cet article s'éloigne des règles habituelles de fixation des dommages et intérêts, il ne consacre volontairement pas des dommages et intérêts punitifs mais des « dommages et intérêts que l'on pourrait qualifier de "restitutoires" »¹¹⁶⁸, ne visant ainsi que « la restitution à la victime du profit illicite retiré par l'auteur d'un délit quelconque [afin de] prévenir un calcul malicieux »¹¹⁶⁹, et non « à dissuader de toute atteinte grave et délibérée à des intérêts que l'on juge fondamentaux, mais dont l'évaluation judiciaire est nécessairement arbitraire en raison de leur nature extra-patrimoniale »¹¹⁷⁰.

L'article 54 du projet, s'il déroge aux règles classiques en matière de fixation des dommages et intérêts ne crée à l'évidence pas de dommages et intérêts punitifs au sens strict.

¹¹⁶⁵ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2009.

¹¹⁶⁶ F. Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2011.

¹¹⁶⁷ À la différence de l'avant-projet CATALA, les auteurs du projet TERRÉ considère que les dommages et intérêts jouent un rôle distinct en matière contractuelle où ils seraient une simple exécution par équivalent du contrat et en matière extracontractuelle où ils rempliraient un rôle purement indemnitaire.

¹¹⁶⁸ P. Remy-Corlay, « De la réparation », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 191 et s., spéc. p. 199 ; R. Mesa, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* 2012/41, p. 5.

¹¹⁶⁹ P. Remy-Corlay, « De la réparation », art. préc., p. 200.

¹¹⁷⁰ *Ibid.*

La lecture de l'article 69 du projet apparaît en revanche plus complexe. Cet article, consacré au préjudice moral, s'écarte du principe de réparation intégrale et prévoyait, en son alinéa 2, « Lorsque le dommage est causé par une faute intentionnelle, le juge peut condamner l'auteur de celle-ci, par une décision spécialement motivée, à une réparation exemplaire ». Cet article suscite certaines interrogations qui ne sont pas dissipées par les précisions livrées par Monsieur TERRÉ¹¹⁷¹. L'expression « réparation exemplaire » conduit ainsi à s'interroger, spécialement concernant la « réparation » d'un préjudice moral. S'agit-il d'une forme d'*aggravated damages*, ou faut-il plutôt y voir la consécration, certes restreinte, de véritables dommages et intérêts punitifs ? Cette seconde lecture semble d'autant plus tentante que l'expression « dommages et intérêts exemplaires » est généralement tenue pour synonyme de celle de « dommages et intérêts punitifs »¹¹⁷², ce que semble confirmer la lecture du rapport livré par Madame RÉMY-CORLAY¹¹⁷³. La sanction proposée aurait alors vocation à la fois à « compenser » un préjudice par nature non évaluable et à réprimer l'attitude particulièrement blâmable du défendeur. C'est alors bien à une consécration de dommages et intérêts punitifs assurant une fonction en partie indemnitaire que conduirait l'article 69 du projet, faute de quoi la référence au préjudice moral ne saurait se comprendre¹¹⁷⁴.

b – Une consécration non réalisée.

¹¹⁷¹ F. Terré, « Le préjudice moral », *in Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit.*, p. 223, spéc. p. 224 *in fine*. L'auteur indique simplement « il est proposé de canaliser [le large pouvoir d'appréciation des juges en matière de préjudice moral] en prévoyant, sauf disposition particulière, l'attribution d'une réparation symbolique. Toutefois l'existence d'une faute intentionnelle à l'origine du préjudice permet l'octroi d'une réparation exemplaire ». Il affirme toutefois de façon un peu plus claire « S'il existe notamment des sanctions pénales sanctionnant l'injure et la diffamation, il n'en existe pas moins en matière civile des situations appelant aussi condamnation », laissant ainsi penser que le mécanisme proposé est véritablement punitif.

¹¹⁷² *Cf supra*, n° 255.

¹¹⁷³ P. Remy-Corlay, « De la réparation », *loc. cit.* : « La mise en lumière d'une [...] distinction [entre dommages et intérêts punitifs et restitutoires] a permis d'admettre un traitement différencié de ces deux sortes de dommages et intérêts : accepter l'une et refuser l'autre (sauf cas très exceptionnel : v. *infra* art. 69, al. 2 pour la réparation du préjudice résultat d'une atteinte à l'intégrité morale) ». Voir également le rapport de la Cour de cassation sur le projet TERRE, qui souligne que l'article 69 propose la consécration d'une « réparation exemplaire, notion plus floue mais qui renvoie, selon les motifs du projet, à un cas d'admission de dommages-intérêts punitifs, dès lors que la faute commise a été intentionnelle » (J.-C. Bizot, H. Adida-Canac, « Rapport du sous-groupe n° 2 consacré "au dommage, à la causalité et à la réparation", Analyse des articles 49 à 69 du projet », *in Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » Sous la direction de François Terré*, Cour de cassation, 2012, p. 71 et s., spéc. p. 84). On peut certes remarquer que la logique du projet s'articule autour d'une gradation des intérêts, la réparation du préjudice moral étant ainsi jugé moins essentielle que la réparation d'un préjudice physique (C. Corgas-Bernard, « Le préjudice extrapatrimonial à l'épreuve des réformes », *RCA* 2012, étude 5, n° 8). La lettre du texte semble toutefois se détourner de la simple réparation restreinte de ce type de préjudice.

¹¹⁷⁴ Cette appréhension du préjudice moral a été critiquée par le rapport de la Cour de cassation : « Pour complexe que soit l'évaluation du préjudice moral lorsque celui-ci n'est pas facile à traduire en équivalent monétaire, elle doit néanmoins être réalisée par le juge du fond conformément aux principes indemnitaires applicables » (J.-C. Bizot, *Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » Sous la direction de François Terré, op. cit.*, p. 27).

285. En dépit d'un certain engouement prospectif pour les dommages et intérêts punitifs, les traductions concrètes de cette notion demeurent pour l'instant discrètes en droit français, se traduisant principalement de deux façons.

286. Une faveur jurisprudentielle relative. La réception des dommages et intérêts punitifs en droit français bénéficierait de l'attitude à leur égard de la Cour de cassation, laquelle ne se montrerait pas totalement hostile vis-à-vis du mécanisme¹¹⁷⁵. Cette analyse résulte principalement de l'arrêt rendu par la première chambre civile de la Cour de cassation le 1^{er} décembre 2010¹¹⁷⁶, lequel avait admis que « le principe d'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs, n'est pas, en soi, contraire à l'ordre public » international. La portée de cette décision doit pourtant être nuancée. Il existe une différence importante en le fait d'admettre qu'une décision étrangère n'est pas contraire à l'ordre public international et l'admission en droit interne du mécanisme. En outre, les conditions posées par la Cour de cassation peuvent sembler vider la décision d'une grande partie de sa portée¹¹⁷⁷. La Cour exige en effet que le montant alloué ne soit pas « disproportionné au regard du préjudice subi et des manquements aux obligations contractuelles du débiteur ». Le choix de contrôler le *quantum* d'un mécanisme punitif par rapport au préjudice a pu être critiqué, la gravité d'un comportement n'étant pas nécessairement en rapport avec les dommages qu'il cause, d'autant que si la Cour de cassation pose un second critère relatif à la gravité des manquements, seul le premier semblait avoir été mis en œuvre dans cette décision¹¹⁷⁸.

287. Une réception légale isolée. C'est surtout l'article 32 de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon¹¹⁷⁹ modifié par la loi du 11 mars 2014 renforçant la lutte contre la contrefaçon¹¹⁸⁰ et inscrit notamment aux articles L. 331-1-3 et L. 331-1-4, al. 4 du Code de la propriété intellectuelle qui a retenu l'attention de

¹¹⁷⁵ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 64.

¹¹⁷⁶ Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303.

¹¹⁷⁷ F.-X. Licari, « La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe l'œil de la Cour de cassation ? », *D.* 2011.423 ; Dans le même sens : L. d'Avout, « Droit du commerce international », *D.* 2011.2434 ; Retenant une lecture différente des critères dégagés par la Cour de cassation : B. Fages, « Peines excessives », *RTD civ.* 2011.122 ; J. Juvénal, « Dommages-intérêts punitifs : comment apprécier la conformité à l'ordre public international ? », *JCP G* 2011 note 140.

¹¹⁷⁸ F.-X. Licari, « La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe l'œil de la Cour de cassation ? », art. préc..

¹¹⁷⁹ Loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007.

¹¹⁸⁰ Loi n° 2014-315 du 11 mars 2014.

la doctrine¹¹⁸¹. Le premier de ces textes ouvre une alternative concernant la fixation des dommages et intérêts en matière de propriété littéraire et artistique¹¹⁸². Dans la première branche de l'option, le juge est invité à tenir compte non seulement des préjudices, y compris moraux subis par la victime des pratiques, mais également des bénéfices et, expressément depuis la loi du 11 mars 2014¹¹⁸³, des économies réalisées par l'auteur des pratiques. Si ce mode de calcul se détache des règles de fixation habituelles des dommages et intérêts, on peut souligner que certaines décisions rendues en propriété intellectuelle antérieurement à l'adoption de la loi du 29 octobre 2007 présentaient déjà certaines particularités, tenant notamment compte de la gravité de la faute dans la détermination de la gravité du dommage¹¹⁸⁴. Dans la seconde branche de l'option, le juge peut, sur demande de la victime, fixer le montant à une somme forfaitaire, qui n'exclut pas l'indemnisation du préjudice moral de la victime. Le montant minimal de cette somme forfaitaire a été renforcé¹¹⁸⁵ de façon à être nécessairement « supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte »¹¹⁸⁶. En dépit des travaux préparatoires qui indiquaient ne pas vouloir contrevenir aux principes régissant la responsabilité civile¹¹⁸⁷ ces dispositions ont pu être comprises comme instaurant dans le domaine de la responsabilité civile de véritables peines privées d'origine légale¹¹⁸⁸, voire des dommages et intérêts punitifs¹¹⁸⁹. Cette qualification peut toutefois sembler incertaine. Selon le premier mode de calcul, les éléments étrangers à la réparation pouvant être pris en compte tiennent aux profits, au sens large, réalisés par l'auteur de l'atteinte, ce qui semble d'avantage correspondre à des dommages et intérêts

¹¹⁸¹ Voir par exemple : F. Stasiak, « Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. Com. El.*, 2009, étude 1 ; G. Henry, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. Com. El.*, 2009, étude 2 ; C. Maréchal, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012.245.

¹¹⁸² La Cour de cassation a par ailleurs admis que les modalités particulières d'évaluation prévues en ce domaine soient appliquées par le juge lorsque le non-respect d'un droit de propriété intellectuelle débouche sur un comportement de concurrence déloyale : Com., 18 oct. 2017, n° 15-29.094, Ch. Caron, « Quand la concurrence déloyale s'inspire de la propriété intellectuelle », *Comm. Com. El.*, 2018, comm. 9.

¹¹⁸³ M. Ouaniche, « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP E* 2014 1194.

¹¹⁸⁴ Com., 24 févr. 1998, n° 95-20.264.

¹¹⁸⁵ F. Pollaud-Dulian, « Sanctions civiles. Calcul du forfait », *RTD com.* 2016.121.

¹¹⁸⁶ CPI, art. L. 331-1-3, al. 2.

¹¹⁸⁷ L. Béteille, R. Yung, *Rapp. Sénat n° 296 sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, 2011.

¹¹⁸⁸ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 63 ; P.-Y. Gautier, « Fonction normative de la responsabilité », *D.* 2008.727. Voir en dernier lieu sur la distinction des deux modes d'évaluation : M. Ouaniche, A. Cluzel, « Spécificités du préjudice de contrefaçon », *JCP E* 2019, 1006, n° 3 et S..

¹¹⁸⁹ J.-S. Borghetti, « Punitive damages in France », art. préc., p. 55 et s. ; M. Ouaniche, *Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon*, art. préc..

restitutoires¹¹⁹⁰. L'analyse de la somme forfaitaire prononcée dans le cadre de la seconde branche de l'option est nettement plus incertaine¹¹⁹¹. Si son mode de fixation semble bien se détacher d'une idée strictement indemnitare, l'absence de précisions quant aux éléments devant être pris en compte pour évaluer cette sanction rend son analyse particulièrement difficile. À considérer qu'il s'agit bien là d'un cas de dommages et intérêts punitifs, et plus généralement de peine privée, cette somme constituerait sans doute un cas légal de peine privée pécuniaire mixte.

288. L'analyse de la conception des dommages et intérêts punitifs dans différents systèmes juridiques révèle que la compréhension du mécanisme n'est pas uniforme. Si les systèmes anglais et québécois se caractérisent par une conception relativement claire des conditions et fonctions des dommages et intérêts, le droit américain offre l'image d'un système plus indécis. Le droit français, que ce soit sur le plan prospectif ou positif, ne semble pas totalement arrêté quant à la conception des dommages et intérêts punitifs qu'il pourrait retenir. Une véritable consécration des dommages et intérêts punitifs rendrait nécessaire une clarification de cette notion dans la mesure où la conception qui en est retenue conditionne le régime et la cohérence du mécanisme. À l'inverse des dommages et intérêts punitifs qui reçoivent, au plus, une consécration marginale en droit français, les peines pécuniaires privées trouvant leur origine dans des sources non légales ou règlementaires sont mieux admises et appréhendées.

B – Les peines pécuniaires privées présentant une source particulière.

289. Les dommages et intérêts punitifs, lorsqu'ils résultent d'une prévision d'origine légale, présentent une grande analogie avec les amendes civiles, seule l'attribution spécifique de la sanction et les conséquences que celle-ci est susceptible

¹¹⁹⁰ Cf. *supra*, n° 284. T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008.700, n° 35 : « Toutefois, la doctrine fait parfois une distinction entre les dommages-intérêts qui, comme ici, sont calculés en fonction des bénéfices réalisés par l'auteur du délit et les véritables dommages-intérêts punitifs qui, eux, dépendent de la gravité de la faute, ce qui n'est pas strictement équivalent ». Nuançant plus fortement : L. Béteille et R. Yung, *Rapp. Sénat n° 296 sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, préc.*. Cette prise en compte du profit semble pouvoir faire double emploi, au moins dans son versant positif, avec la possibilité pour le juge d'ordonner la confiscation « de tout ou partie des recettes procurées par la contrefaçon, l'atteinte à un droit voisin du droit d'auteur ou aux droits du producteur de bases de données » (CPI, art. L. 331-1-4, al. 4) au profit de la victime de ces comportements. On pourrait enfin remarquer que la prise en compte du profit n'impose nullement de s'arrêter à celui-ci, les sanctions à un multiple du profit prenant par définition celui-ci en compte. Tel n'est pourtant à l'évidence ni l'esprit du texte ni la façon dont il a été reçu.

¹¹⁹¹ Voir sur cette question : F. Polluaud-Dulian, « Sanctions civiles. Calcul du forfait », *RTD com.* 2016.121.

d'entraîner permettant de distinguer les deux sanctions. De ce point de vue, certaines peines pécuniaires privées présentent cependant une originalité plus marquée, qu'elles trouvent leur origine dans une décision de justice, ou dans un contrat. À l'étude de l'astreinte judiciaire (1) devra donc succéder celle des peines pécuniaires privées d'origine contractuelle (2).

1 – L'astreinte judiciaire.

290. À la différence des dommages et intérêts punitifs, l'astreinte constitue un mécanisme parfaitement admis en droit français. Nettement mieux appréhendée, notamment sur la question de son caractère indemnitaire, l'astreinte nécessite toutefois qu'on s'intéresse à sa qualification de peine privée (b) ainsi qu'aux spécificités de la norme qu'elle sanctionne (c). La diversité des astreintes rend toutefois nécessaire de commencer par présenter l'astreinte telle qu'elle sera ici étudiée (a).

a – La présentation générale de l'astreinte.

291. Description du mécanisme. L'astreinte est « l'accessoire d'une obligation posée judiciairement, en vue d'en renforcer l'efficacité. Cette mesure a donc pour vocation de persuader au respect rapide de l'injonction du juge, par la peur qu'elle suscite chez le débiteur qu'elle atteint, d'un appauvrissement de son patrimoine ; elle dissuade de la violation de l'ordre que le jugement ou l'arrêt contient, par la crainte financière qu'elle suscite »¹¹⁹². Plus concrètement, elle constitue une menace de sanction pécuniaire dont le juge assortit une injonction adressée au justiciable et que celui-ci devra payer en fonction de son retard dans l'exécution ou parfois du nombre de violations commises. L'astreinte fonctionne en deux temps. Le juge commence par prononcer l'astreinte et définir son mode de calcul. Par la suite, en cas d'inexécution, le juge liquidera l'astreinte. Elle peut être provisoire, auquel cas le juge liquidant l'astreinte tiendra compte du comportement de celui qui était soumis à l'injonction, ou définitive, auquel cas son taux ne pourra normalement être modifié¹¹⁹³. L'astreinte

¹¹⁹² F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 1.

¹¹⁹³ CPCE art. L. 131-2, al. 2 et L. 131-4.

définitive ne peut être prononcée qu'expressément et après qu'une astreinte provisoire a été prononcée¹¹⁹⁴.

292. Délimitation des astreintes étudiées. Au sein des astreintes judiciaires, qui sont seules objet des présents développements¹¹⁹⁵, il convient de distinguer entre les astreintes civiles et les astreintes pénales. Au-delà de la question de la compétence du juge pénal pour prononcer, dans le cadre de l'action civile, des astreintes civiles¹¹⁹⁶, il peut, en certains domaines légalement déterminés, assortir d'astreintes les obligations qu'il ordonne dans le cadre de l'action publique¹¹⁹⁷. Ces astreintes présentent plusieurs spécificités par rapport aux astreintes civiles¹¹⁹⁸. Un aspect en particulier conduit à leur refuser de façon rédhibitoire la qualification de peine privée. En effet à la différence des astreintes civiles, lesquelles ne sont qu'accidentellement attribuées à une personne publique¹¹⁹⁹, les astreintes pénales sont toujours versées au Trésor, constituant de ce fait des peines publiques, certains auteurs les ayant même, de ce fait, qualifiées d'amendes civiles¹²⁰⁰.

293. L'autonomisation de l'astreinte¹²⁰¹. L'astreinte, avant d'être consacrée légalement, a été utilisée spontanément par les juridictions dès le XIX^{ème} siècle pour assurer le respect de leurs décisions¹²⁰². Initialement présentée comme constituant

¹¹⁹⁴ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 11.

¹¹⁹⁵ Concernant l'exclusion des astreintes administratives voir la distinction des sanctions civiles et administratives *supra*, n° 88 et s.. On rencontre parfois également l'idée d'« astreinte légale » (P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *RTD civ.* 1953.209, n° 2), correspondant à une sanction pécuniaire fixée par temps de retard en raison de la non-exécution d'une obligation ou plus généralement d'une prescription légale, attribuée à une personne privée ou au Trésor public, parfois prononcée par une juridiction, parfois du seul fait de l'inexécution. En ce dernier cas cependant la spécificité de « l'astreinte » ne tient plus qu'au mode de calcul de la sanction. Si cette spécificité n'est pas dénuée d'intérêt, conduisant à s'interroger sur l'équilibre entre répression et dissuasion au sein du mécanisme, cette réflexion peut également être conduite sur l'astreinte judiciaire, qui permet en plus de s'interroger sur les conséquences découlant de l'origine particulière de la sanction.

¹¹⁹⁶ Sur les incertitudes soulevées par cette question : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 244 ; L. Boré, « Le juge pénal, l'astreinte et les condamnations à une obligation de faire », *GP*, 1996, II, p. 654.

¹¹⁹⁷ T. Fossier, « Les astreintes prononcées par les juridictions pénales : occasions manquées », *art. cit.*, n° 4 et s..

¹¹⁹⁸ *Cf supra*, note n° 810.

¹¹⁹⁹ *Cf supra*, n° 182.

¹²⁰⁰ P. Esmein, « Peine ou réparation », *art. préc.*. On peut à cette occasion remarquer qu'une sanction expressément qualifiée par la loi d'amende civile pourrait sembler opérer selon des modalités extrêmement similaires à l'astreinte : l'article L. 641-9 sanctionne en effet d'une amende civile au moins égale, par jour de retard, au décuple du loyer quotidien. Cette sanction diffère toutefois d'une astreinte dans la mesure où elle est prononcée en raison d'un manquement déjà réalisé.

¹²⁰¹ Voir de façon générale sur cette évolution : D. Denis, *L'astreinte judiciaire, nature et évolution*, th. dactyl., Paris II Panthéon-Assas, 1973.

¹²⁰² R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 74. Le terme « astreinte » quant à lui n'aurait été utilisée dans les décisions qu'à partir de la fin du XIX^{ème} siècle : A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *art. préc.*, p. 8. Voir : *Civ.*, 20 mars 1889, *D.* 89.1.382. Certains auteurs

dommages et intérêts évalués par avance par le juge afin d'indemniser le retard dans l'exécution¹²⁰³. Ce rattachement était pourtant extrêmement nuisible à l'efficacité du mécanisme, particulièrement concernant les astreintes provisoires : le juge avait beau menacer de sanctions sévères, au stade de la liquidation l'astreinte reprenait une logique indemnitaire¹²⁰⁴, faisant de l'astreinte « un simple épouvantail pour plaideur ignorant »¹²⁰⁵. L'astreinte fut donc détachée de sa dimension indemnitaire, par la jurisprudence d'abord¹²⁰⁶, laquelle affirma que l'astreinte provisoire constitue une mesure de contrainte, dont le montant est indépendant du préjudice subi. Cette jurisprudence fut par la suite confirmée par la loi, laquelle étendit cette solution aux astreintes définitives¹²⁰⁷, disposant « L'astreinte est indépendante des dommages-intérêts. Elle est provisoire ou définitive »¹²⁰⁸.

b – La qualification de peine privée de l'astreinte.

ont pu voir dans la réglementation légale de certaines astreintes la consécration implicite du mécanisme : P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », art. préc., n° 1.

¹²⁰³ J. Tournier, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*, Ricard Frères, Montpellier, 1896. L'auteur insiste toutefois sur la dimension pénale et coercitive du mécanisme (Voir p. 6 et p. 56 et s.); A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *loc. cit.* : « cette soi-disant indemnité de retard peut arriver bien vite à dépasser le préjudice réel mais est présenté par la Cour de cassation comme une forme spéciale mais normale de dommages-intérêts (Civ., 28 déc. 1886, S. 87.1.112) ».

¹²⁰⁴ Civ., 27 févr. 1953, S. 1953.I.196. Sur les difficultés que pouvait soulever la fixation de l'astreinte : P. Esmein, « Les astreintes, leurs nouvelles applications », *art. cit.*. Voir aussi : R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 97.

¹²⁰⁵ H. et L. Mazeaud, « Jurisprudence française en matière de droit civil, obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1960.86, *loc. cit.*

¹²⁰⁶ Voir notamment : Civ., 20 oct. 1959, préc.. L'auteur qualifie la solution de classique et minimise l'importance de décisions en sens contraire ; H. et L. Mazeaud, « Jurisprudence française en matière de droit civil, obligations et contrats spéciaux », *loc. cit.*

¹²⁰⁷ P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », art. préc., n° 2. L'auteur explique qu'initialement il existait une différence entre l'astreinte, révisable en raison de sa nature coercitive et l'évaluation *a priori* des dommages et intérêts moratoires, sur lesquels le juge ne pouvait plus revenir en raison de l'autorité de la chose jugée. Toutefois, usant de leur large pouvoir d'appréciation concernant le *quantum* des sommes attribués, les juges du fond auraient mélangé des « indemnités » manifestement supérieures au dommage et la fixité propre à l'évaluation préalable des dommages et intérêts moratoires, créant ainsi des astreintes définitives. KAYSER y voit alors une contrainte excessive, condamnée par le législateur à travers la loi n° 49-972 du 21 juillet 1949 donnant le caractère comminatoire aux astreintes fixées par les tribunaux en matière d'expulsion, et en limitant le montant (on peut cependant remarquer une incohérence avec la présentation livrée par l'auteur dans la mesure où si l'article 1 de cette loi imposait bien que l'astreinte puisse être révisée par le juge lors de sa liquidation, l'article 2 disposait que l'astreinte ne pourrait excéder la valeur du préjudice effectivement causé, ce qui semble rendre sa nature indemnitaire à l'astreinte et devrait, selon le raisonnement de l'auteur, conduire à interdire en raison de l'autorité de la chose jugée toute révision et finalement rejeté par la jurisprudence comme constituant un cas de peine privée prononcé sans texte.

¹²⁰⁸ Cette solution fut posée par l'article 6 de la loi n° 72-626 du 5 juillet 1972 instituant un juge de l'exécution et relative à la réforme de la procédure civile. Sur cette consécration : F. Chabas, « La réforme de l'astreinte », *D.* 1972, Chron. 271 et « La réforme de l'astreinte », *D.* 1992.299 ; Y. Lobin, « L'astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972 », in *Études offertes à P. Kayser*, *op. cit.*, p. 209 et s. ; F. Gerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 10 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *loc. cit.*. Cette affirmation a été reprise par la loi n° 91-650 du 9 juillet 1991 portant réforme des procédures civiles d'exécution et codifiée à l'article L. 131-2 du Code des procédures civiles d'exécution. E. du Rusquec, « La nature juridique de l'astreinte en matière civile », *JCP* 1993 I 3699. Pour un rappel de la distinction entre astreinte et dommages et intérêts : Civ. 2^{ème}, 12 juin 1991, n° 89-17.764.

294. Incertitude quant au caractère punitif de l’astreinte. Cette séparation stricte de l’astreinte et des dommages et intérêts conduit à ce que l’astreinte soit généralement présentée comme une peine privée¹²⁰⁹. Détachée de toute idée indemnitaire elle constituerait même l’archétype de la peine privée dans une conception unitaire¹²¹⁰. Cette qualification peut cependant soulever certaines difficultés. Elle suppose en effet d’être en présence d’un mécanisme punitif, d’une peine au sens large. Or, tant la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel ont considéré que l’astreinte « qui a pour finalité de contraindre la personne qui s’y refuse à exécuter les obligations qu’une décision juridictionnelle lui a imposées et d’assurer le respect du droit à cette exécution, ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen »¹²¹¹. Cette formulation pourrait laisser accroire que l’astreinte est un pur mécanisme de contrainte, exclusivement coercitif et détaché de toute idée punitive, ce qui l’éloignerait incontestablement de la qualification de peine privée.

295. Une telle conclusion serait pourtant excessive. En effet si l’astreinte est un procédé de contrainte, elle n’est pas une mesure d’exécution forcée mais « tout au plus [...] un procédé de contrainte indirecte fondée sur l’intimidation »¹²¹². Si l’astreinte constitue une contrainte, il s’agit de la contrainte psychologique inhérente à la dissuasion¹²¹³. Or, une menace ne saurait jamais trop se détacher de sa mise à exécution, sauf à perdre tout effet, ce dont témoignent avec une netteté particulière les critiques adressées à l’astreinte provisoire lorsque celle-ci n’était pas détachée de l’idée

¹²⁰⁹ R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d’exécution*, op. cit., n° 73 ; A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., not. n° 13 ; Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d’indemnisation*, op. cit., n° 2584 ; P. Esmein, « Peine ou réparation », art. préc. ; O. Sabard, « Dommages-intérêts et astreintes judiciaire et administrative », in *La notion de dommages-intérêts*, op. cit., p. 173 et s., n° 17 et s.

¹²¹⁰ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 250 et s..

¹²¹¹ Soc., 5 janv. 2012, n° 11-40.081, C. Brenner, « Chronique de jurisprudence », *GP* 2012/59, p. 14 et s. ; A. Leborgne, « Droit de l’exécution », *D.* 2012.1509. L’auteur souligne qu’il ne faut pas confondre les peines privées avec les peines au sens de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen. Si les deux notions ne se superposent pas, il faut toutefois relativiser l’opposition : cf. *infra*, n° 563. CC, Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003, considérant n° 5 (rendue en matière administrative) : « Considérant, en second lieu, que l’astreinte dont le principe est institué par les dispositions précitées a pour finalité de contraindre la personne qui s’y refuse à exécuter les obligations auxquelles l’arrêté de réquisition la soumet ; qu’elle ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen de 1789 ».

¹²¹² R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d’exécution*, op. cit., n° 73. Voir déjà : L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 13. L’auteur affirme ainsi que l’astreinte n’est pas « un véritable mode de réparation ».

¹²¹³ Cette dissuasion présente certes un aspect particulier dans la mesure où il s’agira généralement, même si pas exclusivement, de la sanction

d'indemnisation¹²¹⁴. Pour ces raisons, certains auteurs ont proposé d'opérer une distinction : l'astreinte constituerait d'abord une mesure de contrainte, ne constituant une peine privée qu'au stade de sa liquidation¹²¹⁵.

N'est-il cependant pas artificiel de scinder ainsi les deux temps d'un mécanisme qui n'ont de sens que l'un par rapport à l'autre¹²¹⁶ ? En outre, cette distinction n'exagère-t-elle pas la spécificité de l'astreinte ? Toute peine assure, dans une certaine mesure, une fonction dissuasive antérieurement à la constitution de l'infraction et une fonction rétributive postérieurement¹²¹⁷. L'astreinte présente certes des particularités indéniables qui tendent à renforcer son aspect coercitif. Notamment, le fait qu'elle soit l'accessoire d'un jugement et sanctionne la violation d'un ordre directement adressé à certains individus identifiés, tend à rendre plus concrète la menace pesant sur eux. Surtout, l'astreinte se calcule selon un mode particulièrement propice à l'expression d'une fonction comminatoire¹²¹⁸. Cette spécificité ne doit pourtant pas être exagérée, ne faisant pas disparaître la dimension punitive du mécanisme¹²¹⁹, si bien qu'au sens large, il semble bien possible de qualifier l'astreinte de peine.

¹²¹⁴ Cf *supra*, n° 293.

¹²¹⁵ B. Mazabraud, *La peine privée, aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 178 et 887 ; O. Sabard, « Dommages-intérêts et astreintes judiciaire et administrative », art. préc., n° 8 ; Ph. Gerbay, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, *op. cit.*. L'auteur soutient que la fonction dissuasive de la peine privée serait distincte de la peine proprement dite, cette dernière visant uniquement à réprimer. Dans cette perspective il considère que la clause pénale ou l'astreinte change de fonction selon qu'on se place au stade de leur création ou après l'inexécution. Voir déjà pour une lecture duale de l'astreinte : P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », art. préc., n° 28. L'auteur conteste en partie le caractère de peine privée de l'astreinte (prononcée), considérant qu'il s'agit là d'une mesure seulement temporaire, ne réalisant dès lors pas un enrichissement ni un appauvrissement définitif du créancier et du débiteur, puisque l'astreinte « est remplacée par une condamnation à des dommages-intérêts ». L'auteur reconnaît cependant qu'au stade de la liquidation on trouve bien « un élément de peine privée », mais il n'y voit qu'une conséquence de la liberté des tribunaux dans la fixation des dommages et intérêts ainsi que de l'utilisations que ceux-ci font de cette liberté à des fins répressives.

¹²¹⁶ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 89.

¹²¹⁷ Cf *supra*, n° 136 et s.. Adde : J.-B. Perrier, « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », *RDA* n° 13 et 14, p. 173 et s., n° 3 et s.. Il a certes pu être soutenu que la fonction préventive de la peine privée se détacherait de la peine elle-même (Ph. Gerbay, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, *op. cit.*, n° 30 et s., spéc. n° 33). Cette présentation souffre toutefois de plusieurs insuffisances, si bien que la majorité de la doctrine continue à voir dans la peine privée un mécanisme poursuivant à la fois des fonctions préventive et punitive : A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 89 et s.. Voir également : F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA* 1997.1.

¹²¹⁸ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 11.

¹²¹⁹ L'astreinte provisoire est liquidée en « tenant compte du comportement de celui à qui l'injonction a été adressée » (CPCE, art. L. 131-4), ce qui tout en participant de la fonction coercitive de l'astreinte inscrit la fixation de l'astreinte dans une logique de peine (R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, *op. cit.*, n° 97 ; F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 147. P. Esmein, « Peine ou réparation », art. préc.. L'auteur souligne que l'astreinte provisoire ne serait purement comminatoire que si on pouvait espérer qu'elle soit liquidée en fonction du préjudice subi. Il est intéressant de remarquer que les auteurs parlent souvent de la fixation de l'astreinte à l'encontre du débiteur en fonction de « la gravité de sa faute à ne pas s'exécuter » [Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 2588] ce qui semble renvoyer à une conception répressive de l'astreinte). La dimension punitive de l'astreinte ressort par ailleurs particulièrement d'un arrêt dans lequel la Cour de cassation a admis la confirmation en appel d'une injonction sous astreinte devenue sans objet : Civ. 2^{ème}, 9 juill. 2009, n° 08-18.212. Comme le souligne un auteur (A. Leborgne, « Droit de l'exécution », *D.* 2010.1307) le seul intérêt que peut avoir la confirmation de la condamnation d'une partie, sous astreinte, à faire quelque chose qui n'est plus utile est de sanctionner le comportement du débiteur de l'obligation.

c – La spécificité de la norme sanctionnée par l’astreinte civile.

296. Si l’astreinte civile constitue bien une peine privée¹²²⁰, celle-ci se distingue par les spécificités de la norme sanctionnée¹²²¹. En effet, à la différence du *contempt of court* du droit anglais, qui constitue une infraction pénale sanctionnant l’atteinte faite à l’autorité de la justice par celui qui refuse de se conformer à une décision et avec lequel l’astreinte est souvent comparée¹²²², cette dernière n’est pas la sanction d’une règle générale ordonnant de se conformer aux injonctions faites par le juge, mais celle de la norme particulière que constitue l’ordre adressé par les magistrats à une ou plusieurs des parties, voire aux tiers¹²²³.

297. Disparition de la décision sur laquelle l’astreinte est fondée. Cette différence se traduit principalement par les solutions retenues en cas d’inexécution d’une décision de justice exécutoire assortie d’une astreinte lorsque la décision est par la suite infirmée, annulée ou cassée. Certaines cours d’appel ont semblé considérer que l’astreinte venait sanctionner la faute qu’aurait constitué la non-exécution de la décision de justice à partir du moment où celle-ci était devenue exécutoire, peu important que la décision qui la fondait ait été contredite postérieurement¹²²⁴. Cette solution a clairement et constamment été rejetée par la Cour de cassation, laquelle s’est

¹²²⁰ R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d’exécution*, *op. cit.*, n° 75. De façon similaire, un auteur a considéré que les intérêts postérieurs à une décision judiciaire étaient constitutifs d’une peine privée : F. Gréau, *Recherche sur les intérêts moratoires*, *op. cit.*, n° 429 et s..

¹²²¹ Rappelant la différence entre astreinte et amende civile : Com., 17 nov. 1998, n° 96-22.225.

¹²²² Voir par exemple : E. Du Rusquec, « La nature juridique de l’astreinte en matière civile », art. préc. ; A. Esmein, « L’origine et la logique de la jurisprudence en matière d’astreinte », art. préc., p. 41 ; P. Kayser, « L’astreinte judiciaire et la responsabilité civile », art. préc., n° 29.

¹²²³ La relativité de la force obligatoire de la décision de justice s’oppose certes *a priori* à ce que celle-ci, au-delà de son opposabilité, produise des effets directs sur les tiers (C. Bouty, « Chose jugée », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Paris, juin 2012 (actualisation avr. 2016), n° 24). Toutefois le pouvoir du juge de prononcer une astreinte peut être détaché de sa fonction de *jurisdictio*, de sa mission de trancher le litige entre les parties par l’application d’une règle de droit, et correspondrait en réalité à l’exercice de son *imperium* (A. Esmein, « L’origine et la logique de la jurisprudence en matière d’astreinte », art. préc., p. 36. Voir également : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d’indemnisation*, *op. cit.*, n° 2588 ; R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d’exécution*, *op. cit.*, n° 97 ; F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 82. *Contra* : P. Kayer, « L’astreinte judiciaire et la responsabilité civile », art. préc., n° 26). C’est ainsi, en matière de production forcée des pièces, qu’après avoir, par inadvertance, limité la faculté du juge de prononcer une astreinte aux seules parties à l’instance, le pouvoir règlementaire étendit cette faculté à l’égard des tiers : C. Brahic Lambrey, « Production forcée des pièces », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Paris, sept. 2012 (actualisation déc. 2019), n° 43. Voir actuellement : CPC, art. 139, al. 2.

¹²²⁴ Voir par exemple : Paris, 14 mai 1998, R. Perrot, « Caractère accessoire de l’astreinte », *RTD civ.* 2000.899. La cour d’appel de Paris avait considéré que la résistance « n’a nullement été absous » par l’infirmité de l’ordonnance qu’assortissait l’astreinte.

toujours attachée à préserver le caractère accessoire de l'astreinte par rapport à la condamnation qu'elle assortit¹²²⁵. Il ressort de ces solutions que l'astreinte civile ne saurait être comprise que comme la sanction de l'ordre adressé par une autorité judiciaire, norme particulière et non générale, le juge exerçant alors, dans la limite des missions qui lui sont dévolues, un pouvoir présentant un certain aspect règlementaire¹²²⁶.

KAYSER souligne néanmoins que l'astreinte ne saurait être un moyen pour les juges de créer « indirectement une obligation qu'il n'a pas le pouvoir de créer directement »¹²²⁷. Il semble en effet évident que l'astreinte ne permet pas au juge d'excéder les compétences qui lui sont reconnues par les normes définissant ses pouvoirs. Ces compétences ne lui permettent notamment pas de créer d'obligations nouvelles entre les parties, qui ne découleraient ni d'une convention ni de la loi, très largement entendue, ou de prononcer un commandement qui soit entièrement distinct de son pouvoir juridictionnel¹²²⁸. Cette remarque ne doit pourtant pas conduire à nier la spécificité de la norme sanctionnée par l'astreinte. Même lorsqu'elle n'est que la traduction d'une règle légale, la décision du juge a pour effet de rendre personnelle et concrète une norme qui n'est que générale et abstraite. Dans le cas même où la décision de justice n'est que déclarative, elle n'est pas neutre sur l'ordonnement juridique et l'est d'autant moins lorsque le commandement du juge est assorti d'une astreinte. Liant la norme primaire, que constitue l'ordre adressé par le juge, à une norme secondaire, la décision de justice transforme cette norme primaire en une sorte d'infraction laquelle ne peut préexister à la décision de justice, l'astreinte ne commence à courir qu'à partir du moment où la décision est exécutoire¹²²⁹. L'astreinte fournit alors une illustration particulièrement intéressante de l'intérêt à distinguer la date d'observation et la date d'application du jugement. Pour faire une analogie avec le droit pénal on pourrait alors

¹²²⁵ Civ. 2^{ème}, 28 sept. 2000, n° 98-16.175, R. Perrot, « Caractère accessoire de l'astreinte », art. préc. ; Civ. 2^{ème}, 6 janv. 2005, n° 02-15.954. Cette solution vaut même si la décision de liquidation de l'astreinte est passée en force de chose jugée, le bénéficiaire de l'astreinte devant, si celle-ci a été payée, rembourser : Com., 3 mai 2006, n° 04-15.262 ; Civ. 2^{ème}, 10 juin 2010, n° 06-17.827, A. Leborgne, « Droit de l'exécution », D. 2011.1509 ; Civ. 2^{ème}, 24 sept. 2014, n° 14-14.977 et 14-14.978, J.-J. Ansault, « Astreinte : portée du caractère accessoire de l'astreinte », GP 2015/325, p. 16.

¹²²⁶ Ainsi un auteur a-t-il pu écrire que lorsqu'il prononce une injonction sous astreinte, le juge a « commandé et rendu un règlement particulier à l'affaire » (A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », art. préc., p. 36), ce pouvoir n'étant pas contraire à la prohibition des arrêts de règlement, le règlement n'étant pas général (art. préc., p. 50).

¹²²⁷ P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile, art. préc., n° 3

¹²²⁸ M. Fréjaville, « La valeur pratique de l'astreinte », JCP, 1951, I 910, n° 16.

¹²²⁹ Pour le cas d'une ordonnance assortie d'une astreinte, infirmée en appel puis rétablie en cassation : Soc., 8 mai 2008, n° 06-10.839, R. Perrot, « Astreinte : l'astreinte n'a lieu de courir que si l'obligation a force exécutoire », RTD civ. 2008.552 ; Civ. 2^{ème}, 21 févr. 2019, n° 18-10.030, G. Guerlin, « Astreinte : comment la liquider », L'ESSENTIEL Droit des contrats, 2019/4, p. 7.

estimer que le juge procède à « l'incrimination » d'un comportement, assortissant son adoption d'une peine « prévue », qui constituera le maximum de la peine prononcée au moment du constat de culpabilité, en d'autres termes au moment de la liquidation de l'astreinte. L'astreinte définitive s'apparente alors à la figure des anciennes peines fixes¹²³⁰.

298. En dépit des incertitudes affectant ses fonctions et des particularités entourant son édicition et les normes qu'elle sanctionne, l'astreinte civile constitue incontestablement une peine privée. Plus encore, nécessairement détachée de toute fonction indemnitaire, elle constitue une des illustrations les plus évidentes de peine pécuniaire privée « pure ». La situation des clauses pénales apparaît de ce point de vue plus incertaine.

2 – Les peines pécuniaires privées d'origine contractuelle.

299. Présentation générale¹²³¹. Au terme d'une étude de référence consacrée à la clause pénale, Monsieur Denis MAZEAUD définissait celle-ci comme « un contrat unilatéral et accessoire créé pour garantir, par la menace d'une sanction, l'exécution d'une obligation principale et qui, en cas d'inexécution illicite imputable au débiteur, confère au créancier le pouvoir d'exiger l'exécution d'une peine privée »¹²³². Selon cette définition, la clause pénale constitue nécessairement une peine privée. Certes, l'accent est mis, dans un premier temps sur la dimension comminatoire du mécanisme et non sur sa fonction punitive. Toutefois, de la même façon que la dimension comminatoire de l'astreinte n'empêche pas de qualifier celle-ci de peine¹²³³, la fonction

¹²³⁰ Une analogie différente avec le droit pénal a pu être proposée : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 263. L'astreinte ferait fi du principe de légalité, même compris comme une exigence de prévisibilité de la peine. L'astreinte prononcée correspondrait à la peine prononcée, l'astreinte liquidée correspondrait à la peine exécutée, le pouvoir de révision du juge à ce stade s'expliquant alors par le pouvoir d'individualisation du juge pénal. On peut simplement se demander, si l'astreinte s'apparente à une peine, comment la peine peut être prononcée à un moment où, par définition, le justiciable n'a pas contrevenu à la norme sanctionnée et n'est donc pas, eu égard à celle-ci, « coupable ».

¹²³¹ Si la clause pénale peut consister en une obligation non monétaire (J. Mestre, « De la notion de clause pénale », *RTD civ.* 1985.372, spéc. p. 373. Sur les conséquences des modifications opérées par la réforme du 10 février 2016 : P. Lemay, « La clause pénale en nature », art. préc. ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 385 et 413), seule sera ici étudiée la clause pénale prévoyant le paiement d'une somme d'argent.

¹²³² D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 705. Le vocabulaire juridique de l'association Henri Capitant fait également, à travers les deux définitions qu'il livre, du caractère comminatoire un élément de définition de la clause pénale : G. Cornu (dir), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, op. cit., V° « Pénal (clause) ».

¹²³³ Cf *supra*, n° 295.

comminatoire de la clause pénale ne conduit pas à rejeter la qualification de peine privée¹²³⁴.

Pour autant, l'analyse de la clause pénale soulève plusieurs difficultés. Si celle-ci constitue, en dépit de certaines incertitudes quant à sa nature punitive (a), une peine privée, il s'agit d'une peine privée particulière (b).

a – Une nature punitive incertaine.

300. Incertitudes entourant la nature des clauses pénales. Bien que la clause pénale soit un mécanisme admis de façon ancienne¹²³⁵, la nature de la sanction qu'elle instaure demeure incertaine¹²³⁶. Si la qualification de peine privée de la clause pénale est retenue par de nombreux auteurs¹²³⁷, celle-ci ne fait pas l'unanimité, une partie de la doctrine affirme ainsi que la clause pénale constitue une simple évaluation conventionnelle de la réparation. Deux arguments ont principalement été avancés en ce sens¹²³⁸ : d'une part le principe de non-cumul entre la clause pénale et les indemnités de droit commun, tel qu'il résultait antérieurement à la réforme de l'article 1229 du Code civil, d'autre part le fait que la clause pénale trouverait sa raison d'être dans le préjudice¹²³⁹. Cette dernière affirmation est toutefois manifestement contestable, dans la mesure où la jurisprudence n'exige pas qu'un préjudice existe pour que la clause

¹²³⁴ *Contra* : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 75.

¹²³⁵ Sans remonter jusqu'à la *stipulatio poenae* du droit romain (D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 96 et 501 ; J. Gaudemet, *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 2000, 2^{ème} éd., p. 295 et 296 ; J.-P. Lévy, A. Castaldo, *Histoire du droit civil*, *op. cit.*, n° 667 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 384), le Code civil consacrait dès 1804 la clause pénale au sein d'une section 6 du chapitre IV du titre III du livre III du Code civil, intitulée « Des obligations avec clauses pénales ». Pour une présentation des cas dans lesquels la clause pénale est interdite ou limitée : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.* n° 42 et s. ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligation, 2, Contrat*, Litec, Paris, 1993, 4^{ème} éd., n° 1564 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, *op. cit.*, n° 887 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 392 et s. ; Ph. Delbecq, « Fasc. 22 : Régime de la réparation, modalité de la réparation, règles particulières à la responsabilité contractuelle, clause pénale », in *J.-Cl. Civil*, LexisNexis, 5 avr. 2018, n° 140 et s.. Voir également, sur la compréhension punitive du mécanisme sous l'ancien droit : R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, *op. cit.*, n° 337.

¹²³⁶ D. Mazeaud, « Qualification de clause pénale : encore et toujours ... », *D.* 2016.1628, n° 5.

¹²³⁷ Voir par exemple : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 545 et s. ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 437 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, n° 324 ; C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 7 ; P. Jourdain, « Rapport général », in *L'indemnisation*, *op. cit.*, n° 8 ; Ph. Brun, « Rapport français », in *L'indemnisation*, *op. cit.*, n° 16 ; N. Gras, *Essai sur les clauses contractuelles*. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand, I, 2014. Français. <NNT: 2014CLF10458>. <tel-01168586>, n° 154

¹²³⁸ D. Mazeaud, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 535.

¹²³⁹ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 72 et s..

pénale puisse être mise en œuvre¹²⁴⁰. De plus, l'interdiction du cumul, outre son possible caractère supplétif¹²⁴¹, n'interdit en rien de considérer que la clause pénale remplit une fonction punitive¹²⁴². Malgré l'analyse qu'avait alors livrée Monsieur Denis MAZEAUD en faveur de la qualification de peine privée des clauses pénales, celle-ci semble demeurer incertaine¹²⁴³, cette incertitude tenant dans une large mesure aux difficultés à distinguer clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire.

301. La distinction incertaine des clauses pénales et des clauses d'indemnisation forfaitaire. La confusion chronique des clauses pénales et d'indemnisation forfaitaire a conduit un auteur à considérer que « la matière souffre [...] d'une imprécision terminologique persistante »¹²⁴⁴. Cette distinction semblait certaine aux origines du Code civil, résultant notamment du plan de ce dernier. Elle fut pourtant peu à peu perdue de vue¹²⁴⁵. Cette confusion gagna le législateur qui, par une loi du 9 juillet 1975¹²⁴⁶, dont le titre visait pourtant la seule clause pénale, modifia l'article 1152, siège historique de la clause d'indemnisation forfaitaire. À la suite de cette loi, dans un article demeuré célèbre, Monsieur MESTRE proposa de distinguer de façon claire les forfaits conventionnels d'indemnisation des clauses pénales *stricto sensu*. Cette dernière aurait été révélée par les anciens articles 1226 et 1229 du Code civil et aurait présenté deux particularités. D'abord, « l'objet de l'engagement qu'y souscri[va]it le débiteur en cas d'inexécution ("faire quelque chose" à titre de compensation pour le créancier) ; ensuite, *son caractère nécessairement comminatoire*,

¹²⁴⁰ Cf *supra*, n° 205. Adde : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 564 et s. ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 257 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 450. Madame ROUJOU DE BOUBÉE justifiait sa position en arguant que l'inexécution contractuelle cause nécessairement un préjudice. Outre qu'une telle position ne correspond pas à la réalité (Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2003, n° 02-18.033, « Réparations locatives : pas d'indemnisation sans préjudice », *D.* 2004.395 ; P. Jourdain, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 2004.294, spéc. p. 295 : « Mais attendu que des dommages-intérêts ne peuvent être alloués que si le juge, au moment où il statue, constate qu'il est résulté un préjudice de la faute contractuelle ». La solution reçoit toutefois une limite en cas de violation d'une obligation de ne pas faire à travers la reconnaissance d'un cas de dommage nécessaire : cf *supra*, n° 207. Voir plus largement sur cette question : G. Chantepie, « Contrat : effets », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018 [actualisation févr. 2020], n° 300) elle constituerait en tout état de cause une présomption irréfragable qui détacherait la mise en œuvre de la clause pénale de tout préjudice effectif : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 536. En revanche les autres exceptions à l'engagement de la responsabilité contractuelle sont applicables : Civ. 3^e, 14 févr. 2019, n° 17-31.665, *D.* 2019.381.

¹²⁴¹ Cf *supra*, note n° 904.

¹²⁴² D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 535.

¹²⁴³ Ph. Le Tourneau, « Rapport de synthèse », in *L'indemnisation*, *op. cit.*, p. 12. L'auteur souligne que la qualification de peine privée relativement à la clause pénale est refusée par une partie de la doctrine.

¹²⁴⁴ J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », art. préc., p. 1160.

¹²⁴⁵ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 260 et s. ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 384. Voir par exemple : C. Demolombe, *Cours de code Napoléon*, t. XXVI, Auguste Durand et Hachette et Cie, Paris, 1870, n° 606.

¹²⁴⁶ Loi n° 75-597 du 9 juillet 1975, modifiant les articles 1152 et 1231 du Code civil sur la clause pénale.

incitatif à l'exécution (nous soulignons) puisque l'engagement, nous di[sait] l'article 1226, [était] pris « pour assurer l'exécution d'une convention » ».

Si cette distinction a convaincu certains auteurs¹²⁴⁷, une partie importante de la doctrine¹²⁴⁸ ainsi qu'un grand nombre de décisions jurisprudentielles¹²⁴⁹ définissent la clause pénale comme « la clause d'un contrat par laquelle les parties évaluent forfaitairement par avance l'indemnité à laquelle donnera lieu l'inexécution de l'obligation contractée ». Cette vision semble accréditée en jurisprudence par le fait que l'excès de la clause pénale est principalement contrôlé par le juge par rapport au préjudice subi par la victime¹²⁵⁰. Ce critère d'appréciation de la proportionnalité de la clause n'exclut cependant pas que le mécanisme poursuive une véritable fonction répressive. Outre le fait que ce critère particulier d'appréciation de la proportionnalité peut sans doute s'expliquer par les spécificités de la clause pénale¹²⁵¹, il suffit pour s'en convaincre de remarquer que la proportionnalité de la sanction par rapport au préjudice

¹²⁴⁷ Voir notamment : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 268 ; J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », *loc. cit.* ; Ph. Malinvaud, « De l'application de l'article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 689, spéc. p. 692.

¹²⁴⁸ Voir par exemple : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, *loc. cit.* ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligation, 2, Contrat*, *op. cit.*, n° 1557 ; Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 1211 ; Ph. Delbecque, « Définition de la clause pénale : évaluation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la convention », art. préc., n° 1 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, LGDJ, Paris, 10^{ème} éd., 2018, n° 990. Voir également, considérant que l'expression clause pénale recouvre à la fois clause pénale au sens strict et clause d'indemnisation forfaitaire : S. Pimont, « Clause pénale », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2010 (actualisation sept. 2019), n° 7 et surtout n° 32 et s.. Ces derniers auteurs considèrent néanmoins que la clause pénale a « en général » un caractère moratoire. Pour un rejet direct de la théorie présentée, voir : F. Gréau, *Recherche sur les intérêts moratoires*, *op. cit.*, n° 146.

¹²⁴⁹ Voir par exemple : Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-16.869, Ph. Delbecque, « Définition de la clause pénale : évaluation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la convention », *D.* 1996.116, M. Billiau, « Quand la clause d'exécution forcée de l'obligation principale du débiteur devient clause pénale », *JCP G*, 1996 I 3914, n° 9 et s. ; Civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, n° 94-12.910 ; Soc., 4 mars 2008, n° 06-45.221, J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », art. préc. ; Com., 16 juin 2009, n° 07-14.913 ; Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n° 10-10.376, *D.* 2011.441. Pour un panorama plus étendu de la jurisprudence, voir : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 1211. La jurisprudence semblait, par le passé, retenir une définition de la clause pénale plus proche de la clause pénale *stricto sensu* : Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, n° 83-11.029 et 83-16.928 : « qu'une telle clause n'ayant pas pour objet de faire assurer par l'une des parties l'exécution de son obligation, c'est justement que la Cour d'appel a estimé qu'elle n'avait pas le caractère d'une clause pénale », J. Mestre, « Les conditions de la révision judiciaire, dans le cadre de l'article 1152 du code civil, de la peine convenue entre les parties », *RTD. civ.* 1985.103. L'auteur approuve le rejet de qualification de la clause litigieuse en clause pénale mais critique la restriction du jeu de l'article 1152 aux seules clauses pénales ; obs. G. Paisant, *JCP G*, 1986, II 20661. Pour une analyse approfondie de cette décision, voir : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 276 et s.. Voir également : Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992, n° 90-20.712, L. Leveneur, « Les indemnités de remboursement anticipé et l'article 1152 alinéa 2 du Code civil », *CCC* 1993, comm. 41 ; P.-Y. Gautier, « Causes et effets d'une même obligation, le remboursement anticipé du prêt d'argent », *RTD civ.* 1993.607. Les références plus récentes de la jurisprudence de la Cour de cassation au caractère comminatoire de la clause semblent toutefois davantage souligner qu'une clause litigieuse présente un tel caractère que viser à disqualifier les clauses qui ne le présente pas : D. Mazeaud, « Qualification de clause pénale : encore et toujours ... », art. préc., n° 9. Pour des exemples de décisions en ce sens : *cf. supra*, note n° 901.

¹²⁵⁰ Voir par exemple : Civ. 2^{ème}, 14 juin 2001, n° 99-19.283 ; Com. 11 févr. 1997, n° 1995-10.851 ; L. Leveneur, « Critère de l'excès manifeste », *CCC* 1997, comm. 75 ; J. Mestre, « Les critères de l'excès manifeste au sens de l'article 1152 du code civil », *RTD civ.* 1997.654 : il incombe aux juges de comparer le montant de la peine convenue « avec le préjudice effectivement subi par le créancier, sans pouvoir donc se référer au seul comportement du débiteur » ; M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 577, Paris, 2017, n° 641.

¹²⁵¹ *Cf. infra*, n° 649.

subi ne signifie pas que l'un et l'autre doivent être égaux¹²⁵². L'hostilité de la jurisprudence à une analyse principalement répressive des clauses pénales résulte plus nettement encore de certaines décisions par lesquelles la Cour de cassation a expressément affirmé que « la somme due en vertu d'une clause pénale ne revêt [...] pas le caractère d'une amende »¹²⁵³. Les commentateurs de la décision ont généralement vu dans cette solution une consécration jurisprudentielle du caractère principalement indemnitaire des clauses pénales¹²⁵⁴.

Sur le plan textuel, l'assimilation de la clause pénale et de la clause d'indemnité forfaitaire semble avoir été achevée par la réforme du droit des obligations du 10 février 2016¹²⁵⁵. En effet, à la dualité traditionnelle des articles 1152 du Code civil, qui visait « la convention port[ant] que celui qui manquera de l'exécuter payera une certaine somme à titre de dommages-intérêts », et 1226, qui définissait la clause pénale comme « celle par laquelle une personne, pour assurer l'exécution d'une convention, s'engage à quelque chose en cas d'inexécution », est substitué un unique article 1231-5 qui reprend peu ou prou la lettre de l'article 1152 ancien¹²⁵⁶. Cet article, qui n'évoque même plus l'expression « clause pénale », a été perçu comme faisant de cette clause « une banale clause d'indemnisation forfaitaire et ne met pas en exergue le caractère punitif du mécanisme »¹²⁵⁷, bien qu'on puisse remarquer que toute idée punitive n'a peut-être pas disparu du texte, les alinéas 2 et 3 employant le terme « pénalité », « ce qui semble, dans une certaine mesure au moins, réintroduire le caractère punitif inhérent à la clause »¹²⁵⁸.

¹²⁵² Voir par exemple : R. Thielé, « Caractère excessif ou dérisoire des pénalités contractuelles », *AJDA* 2016.318 : « De manière très claire, le juge judiciaire retient comme critère principal de son analyse l'importance du préjudice causé au créancier. Il en résulte que les pénalités ne pourront en tout état de cause être inférieures au montant de ce préjudice. Mais elles peuvent lui être supérieures, pour deux raisons. D'abord, une raison d'espèce, qui tient au comportement du débiteur - notamment en cas de mauvaise foi de ce dernier. Ensuite, une raison d'ordre général : comme les pénalités visent non seulement à réparer un préjudice mais également à dissuader une méconnaissance de la règle contractuelle, elles peuvent être supérieures au préjudice, dans le cas où cette supériorité est nécessaire, sauf à priver d'efficacité la dissuasion. En revanche, le juge n'est pas tenu de réduire la peine au seul motif que le montant du préjudice lui est inférieur. En effet, la clause pénale peut comprendre, outre l'indemnisation du préjudice, une peine pour faire pression en vue de l'exécution si le juge l'estime justifiée ».

¹²⁵³ Civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 94-11.971 ; Civ. 3^{ème}, 25 mars 1987, n° 85-16.907, *D.* 1987. 380, note G. Paisant ; *RTD civ.* 1987. 781, obs. Ph. Rémy.

¹²⁵⁴ Voir par exemple : J.-P. Blatter, « Baux d'habitation et mixtes. – loi du 23 décembre 1986. – Clauses réputées non écrites. – Clause pénale. – Amende (non) », *AJDI* 1996.313.

¹²⁵⁵ P. Lemay, « La clause pénale en nature », art. préc., n° 9 et s. ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité, op. cit.*, n° 9.

¹²⁵⁶ D. Mazeaud, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », art. préc., n° 10.

¹²⁵⁷ M. Mekki, « Le juge et les remèdes à l'exécution du contrat », *RDC* 2016, p. 400 et s..

¹²⁵⁸ D. Mazeaud, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », *loc. cit.*.

302. Un régime inadapté à l'assimilation des clauses pénales et des clauses d'indemnisation forfaitaires. Les auteurs qui assimilent clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire ne contestent généralement pas que cette clause puisse avoir certaines fonctions coercitives voire punitives¹²⁵⁹. De même la jurisprudence semble parfois reconnaître qu'une clause pénale peut poursuivre ces objectifs¹²⁶⁰. Simplement cette fonction ne serait pas un élément de définition de la clause qui pourrait consister en une simple évaluation anticipée du dommage¹²⁶¹. Cette fonction d'évaluation forfaitaire des dommages et intérêts justifierait alors, à elle-seule, l'absence d'exigence de preuve quant à l'existence du dommage pour mettre en œuvre la clause¹²⁶². Une telle solution est pourtant contestable. Si l'existence d'une clause d'indemnisation forfaitaire libère évidemment le demandeur de la charge de la preuve du *quantum* du préjudice, le fait que la clause puisse trouver à s'appliquer en l'absence même de préjudice conduit à changer son objet. Elle n'évalue plus simplement le préjudice qui résulte de l'inexécution, mais détache totalement la « réparation » du dommage, sauf à considérer que l'inexécution cause nécessairement un préjudice, hypothèse qui a déjà été rejetée¹²⁶³. Or, le dommage étant le fondement même de la réparation¹²⁶⁴, une telle solution, justifiée en présence d'une véritable clause pénale, paraît dénaturer la clause par laquelle les parties auraient simplement entendu fixer à l'avance l'évaluation du préjudice. Cela fait de la faute, du manquement contractuel, le fondement unique et suffisant de la mesure, ce qui semble alors bien correspondre à un cas de peine privée¹²⁶⁵. À cela, on pourrait ajouter que l'absence d'exigence de préjudice pour mettre en œuvre une clause pénale semblerait revenir, si ces clauses avaient bien une fonction

¹²⁵⁹ Voir par exemple : S. Pimont, « Clause pénale », art. préc., n° 34.

¹²⁶⁰ Com., 27 mars 1990, n° 88-13.967 : « Mais attendu que si la peine stipulée peut se concevoir aussi bien comme un moyen de contraindre les parties à l'exécution que comme une évaluation conventionnelle anticipée d'un préjudice futur, elle n'en peut pas moins, dans l'un et l'autre cas, être réduite par le juge ». Approuvant la solution mais contestant l'assimilation de la clause pénale et du champ d'application de l'article 1152 : J. Mestre, « Des frontières de l'article 1152 (suite) », *RTD civ.* 1990.655. Critiquant la solution en considérant que l'article 1152 ne s'applique qu'aux clauses pénales au sens strict : E. S. de la Marnière, « Clause pénale : indemnité forfaitaire, dédit et pouvoir du juge de modérer ou augmenter », *D.* 1990.390. Voir plus clairement encore : Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-16.200. Dans cet arrêt, la Cour soulignait pour qualifier une clause de clause pénale : « que la clause litigieuse prévoyait une indemnité forfaitaire pour sanctionner l'inexécution [...] par le débiteur [...] de son obligation »

¹²⁶¹ Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, op. cit., n° 1211 et 1212 ; Ph. Delbecq, « Définition de la clause pénale : évaluation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la convention », art. préc., n° 25.

¹²⁶² S. Carval, « Paiement de la clause pénale en l'absence de preuve du préjudice », art. préc., p. 750. Voir, pour la jurisprudence administrative : CAA Marseille, 9 nov. 2015, n° 14MA02747, considérant n° 11 : « ces pénalités ayant le caractère d'une réparation forfaitaire, l'administration n'a pas à justifier de l'existence d'un préjudice ayant résulté, pour elle, du retard, comme le fait encore valoir la commune » ; R. Thielé, « Caractère excessif ou dérisoire des pénalités contractuelles », art. préc..

¹²⁶³ Cf *supra*, n° 300.

¹²⁶⁴ M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 59.

¹²⁶⁵ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 562 et s..

principalement indemnitaires, à créer un cas de présomption conventionnelle irréfragable de préjudice, ce qui est pourtant prohibé par le nouvel article 1356 alinéa 2 du Code civil¹²⁶⁶. On pourrait certes arguer que la clause pénale constitue une situation particulière qui déroge à la prohibition générale, mais en l'absence de toute précision expresse en ce sens au sein de l'article 1231-5 du Code civil, une telle interprétation serait particulière hasardeuse.

303. Si aucun préjudice n'est exigé pour mettre en œuvre une clause pénale, le pouvoir de révision dont dispose le juge pour modérer les pénalités manifestement excessives peut, toutefois, lui permettre, en l'absence de dommage, de réduire considérablement les sommes attribuées, au point même de supprimer la pénalité¹²⁶⁷. La Cour de cassation a parfois admis une telle solution¹²⁶⁸, autorisant le juge à réduire à néant la pénalité prévue par clause. Cette solution ne conduit pourtant pas à véritablement réintroduire au stade du contrôle de proportionnalité de la peine une condition écartée au stade de sa mise en œuvre. En effet, le juge conserve un pouvoir souverain d'appréciation concernant l'importance de la réduction à opérer et n'est jamais tenu, même en l'absence de préjudice, de supprimer toute sanction. Il pourra ainsi maintenir une sanction en l'absence de tout préjudice notamment parce qu'il considère que la clause n'a pas été introduite uniquement afin de réaliser une évaluation forfaitaire du dommage, mais également pour remplir des fonctions coercitive et, le cas échéant, punitive. Si ces décisions ont été, à raison, critiquées en ce qu'elles semblent contraires à la lettre et à l'esprit des textes ainsi qu'à la volonté des parties¹²⁶⁹, elles pourraient, appliquées de façon mesurée, permettre de réintroduire une véritable distinction entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire.

¹²⁶⁶ Sur la prohibition réalisée par cet article et l'évolution de la jurisprudence, voir : Com., 6 déc. 2017, n° 16-19.615, J. Klein, « Contrats sur la preuve : sur la portée de l'interdiction d'établir une présomption irréfragable », *RDC* 2018, p. 205 et s..

¹²⁶⁷ *Contra* : M. Mekki, « Le juge et les remèdes à l'exécution du contrat », art. préc.. Sur l'articulation entre réduction et nullité voir : H. Barbier, « Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite ? », *RTD civ.* 2015.606.

¹²⁶⁸ Voir notamment : Com., 16 juill. 1991, n° 89-19.080, J. Mestre, « Les critères de l'excès manifeste au sens de l'article 1152 du code civil », art. préc. ; D. Mazeaud, « Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée », *D.* 1992.365, spéc. n° 2. Plus récemment : Com., 8 avr. 2015, n° 13-26.734 : « Attendu que, pour « annuler » la clause pénale stipulée dans le contrat de prêt, l'arrêt retient que les sommes correspondantes, qui ne sont pas justifiées par la caisse autrement que par leur caractère contractuel, sont manifestement excessives ; Attendu qu'en se déterminant ainsi, *sans constater l'absence de préjudice subi par la caisse* (Nous soulignons), la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision », M. Mekki, « Droit des contrats », *D.* 2016.566. Le fait que la cassation soit prononcée pour défaut de base légale renforce l'idée que ce n'est pas la solution même qu'avait retenue la Cour d'appel qui est censurée, mais le seul fait qu'elle n'ait pas caractérisé l'absence de préjudice.

¹²⁶⁹ D. Mazeaud, « Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée », art. préc., n° 11 à 13.

304. Si la réforme opérée le 10 février 2016 peut légitimement faire craindre que l'heure du requiem de la clause pénale *stricto sensu* soit venue¹²⁷⁰, cette clause ne semble, pour l'instant, pas avoir totalement disparu. Elle constitue alors un cas de peine privée particulière.

b – Une peine privée particulière.

305. La clause pénale *stricto sensu* constitue une peine privée, mais une peine privée particulière. Sa principale originalité tient évidemment dans son origine contractuelle ainsi que dans l'origine contractuelle des normes qu'elle sanctionne.

306. L'origine contractuelle de la sanction. Cette première caractéristique de la clause pénale ne semble *a priori* pas soulever de difficulté. Elle fournit un élément de distinction certain entre la clause pénale et d'autres sanctions d'origine légale ou réglementaire¹²⁷¹, ainsi qu'entre la clause pénale et l'astreinte¹²⁷², ce qui justifie que la « clause d'astreinte » constitue en réalité une clause pénale et non une astreinte¹²⁷³. Des difficultés peuvent néanmoins se présenter concernant les peines édictées par des actes collectifs¹²⁷⁴. Si la jurisprudence semble en ce cas exclure la qualification de clause pénale¹²⁷⁵, elle le fait sur le terrain du champ d'application de l'ancien article 1152 alinéa 2 du Code civil¹²⁷⁶. Or, s'il peut sembler logique de refuser en ce cas au juge un pouvoir de révision qui a été pensé pour éviter les excès dans le cadre d'une relation véritablement contractuelle, on ne peut nier que la peine ainsi instituée présente par rapport à celle instaurée par une autorité publique une différence irréductible. Dans le cadre spécifique de cette étude, il ne semble donc pas nécessaire d'exclure de la qualification de clause pénale les peines trouvant leur origine dans un acte collectif.

¹²⁷⁰ D. Mazeaud, « Qualification de clause pénale : encore et toujours... », art. préc., n° 10 et 14.

¹²⁷¹ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 200 à 202.

¹²⁷² D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 203 et s..

¹²⁷³ Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20.431, J.-J. Ansault, « Astreinte : l'astreinte “conventionnelle” est bien une clause pénale », *GP* 2015/325, p. 15.

¹²⁷⁴ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 209 et s..

¹²⁷⁵ Voir par exemple : Soc., 28 mai 2008, n° 07-41.079, J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », art. préc., p. 1162. Déjà antérieurement : Soc. 14 mai 1987, n° 85-41.349.

¹²⁷⁶ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 221.

307. La nature contractuelle de la norme sanctionnée. S'il est un aspect de la clause pénale qui ne semble pas soulever de difficulté, c'est que cette clause n'a vocation à jouer qu'en cas d'inexécution d'une règle d'origine contractuelle. Cette particularité ressort de l'ensemble des articles, anciens ou nouveaux, auxquels la clause pénale a pu être rattachée, des définitions jurisprudentielles ainsi que des définitions doctrinales¹²⁷⁷. Cette spécificité est généralement mise en avant pour insister sur la différence entre la clause pénale et d'autres clauses qui ne procèdent pas d'un manquement à une obligation¹²⁷⁸. On peut toutefois souligner que cette exigence implique *a priori* qu'une clause pénale ne pourra jamais jouer en matière de responsabilité extracontractuelle. La jurisprudence semble bien refuser la validité des clauses pénales en matière extracontractuelle¹²⁷⁹.

308. Maintien de l'exclusion en matière de responsabilité extracontractuelle. Une telle solution s'impose-t-elle ? Cette prohibition repose, comme celle des clauses limitatives ou exclusives de responsabilité en matière extracontractuelle sur le caractère d'ordre public de ce droit¹²⁸⁰, notamment concernant la responsabilité pour faute. Cette justification est toutefois largement critiquée par la doctrine¹²⁸¹, qui propose dès lors la consécration encadrée de clauses limitatives de responsabilité en matière extracontractuelle¹²⁸². Ces critiques semblent avoir atteint dans une certaine mesure les pouvoirs publics. L'avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile propose ainsi l'introduction d'un article 1281, lequel aurait disposé : « Les contrats ayant pour objet d'exclure ou de limiter la réparation sont en principe valables, aussi bien en matière contractuelle qu'extracontractuelle ». Le texte reste toutefois en deçà des propositions doctrinales dans la mesure où l'article 1282,

¹²⁷⁷ Cf *supra*, n° 299 et 301 ; Adde M. Leveneur-Azémar, « Le retour en grâce des clauses relatives à la réparation se confirme », *JCP G*, 2018, 415.

¹²⁷⁸ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 279 et s. ; M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, *op. cit.*, n° 667, note n° 7 ; J.-S. Borghetti, « La qualification de clause pénale », art. préc., p. 1165 et s..

¹²⁷⁹ Ph. Le Tourneau, *Responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1982, n° 361 ; D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 475 ; J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, PUAM, Aix-en-Provence, 2008, n° 46 ; H. Mazeaud, L. Mazeaud, par F. Chabas, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, *op. cit.*, n° 2640 et s..

¹²⁸⁰ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 476 ; J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 46 et 83 et s..

¹²⁸¹ Ph. Le Tourneau, *Responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 362 ; M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, *op. cit.*, n° 469 ; P. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, Godde, Paris, 1931, n° 154.

¹²⁸² M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, *op. cit.*, n° 476 et s. ; J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 192 et s..

repris en cela par l'article 1283 du projet, exclut les clauses limitatives et exclusives en matière de responsabilité pour faute.

Par rapport aux clauses limitatives, les clauses pénales *stricto sensu* présentent certaines spécificités¹²⁸³. Monsieur Denis MAZEAUD a ainsi fait valoir que ces clauses préservent et renforcent le rôle dissuasif de la responsabilité civile et alourdissent dans la grande majorité des cas la responsabilité du fautif. Elles conduiraient, de ce fait, à améliorer la situation de la victime, perçue par l'auteur comme la raison d'être du caractère d'ordre public de la responsabilité extracontractuelle. Dès lors, ce caractère ne devrait pas conduire, quelle que soit sa légitimité, à interdire la stipulation de clauses pénales en matière extracontractuelle¹²⁸⁴. Par ailleurs, du fait de la nature de peine privée de la clause pénale *stricto sensu*, celle-ci ne saurait jouer, à l'inverse des solutions retenues par les projets ministériels, qu'en cas de responsabilité pour faute¹²⁸⁵.

Outre les critiques adressées à cette présentation¹²⁸⁶, on peut toutefois émettre un doute quant à la possibilité théorique d'une clause pénale en matière extracontractuelle. Si l'idée selon laquelle la clause limitative ou exclusive de responsabilité en matière extracontractuelle aurait pour effet de transformer en mécanisme contractuel la sanction considérée¹²⁸⁷ est généralement rejetée¹²⁸⁸, elle pourrait se justifier davantage concernant les clauses pénales. Alors que les clauses limitatives ou exclusives sont centrées sur le dommage, les clauses pénales *stricto sensu* ont pour fondement unique et suffisant la faute¹²⁸⁹. La clause qui se bornerait à fixer une somme, serait-elle importante, en cas de survenance d'un dommage, et non

¹²⁸³ Sur la distinction des clauses pénales et des clauses limitatives de responsabilité voir : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 484 et s. et 595 ; M. Leveneur-Azémar, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, n° 632 et s., spéc. n° 633.

¹²⁸⁴ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 489 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 388.

¹²⁸⁵ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 491 et 492. *Contra* : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 388. Si les auteurs approuvent le raisonnement de Monsieur MAZEAUD qui conduit à valider la clause dès lors que son *quantum* est supérieur, ou égal, à celui du préjudice effectivement subi, ils considèrent qu'il n'existe pas de raison de limiter la solution à la responsabilité pour faute. La position de Monsieur MAZEAUD doit pourtant être retenue : dans le cas contraire, et indépendamment de la question de la validité d'une telle clause, il ne s'agit plus d'une clause pénale *stricto sensu*.

¹²⁸⁶ J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 46. L'auteur fait valoir qu'il n'est pas absolument nécessaire que la clause pénale, même coercitive, dépasse voire atteigne le préjudice effectivement subi (Voir d'ailleurs : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 125), si bien qu'il s'agit d'une renonciation à un droit d'ordre public avant la naissance de celui-ci, sans pour autant de garantie réelle que la situation de la victime soit nécessairement meilleure.

¹²⁸⁷ P. Esmein, « Médiation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommage cause à la personne », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 271 et s., spéc., p. 274 ; P. Durand, *Des conventions d'irresponsabilité*, *op. cit.*, n° 1954.

¹²⁸⁸ Voir par exemple : D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 388 ; J. Abras, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 6.

¹²⁸⁹ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, *op. cit.*, n° 562 et s..

du manquement à une ou plusieurs règles identifiées, se rapprocherait plus de la clause d'indemnisation forfaitaire que de la clause pénale, ne serait-ce que parce qu'une telle clause supposerait nécessairement, pour sa mise en œuvre, la réalisation d'un dommage. À la différence des cas dans lesquels les parties ont fait du dommage une condition de mise en œuvre de la clause pénale¹²⁹⁰, cette exigence n'est pas accidentelle mais inhérente à une telle clause. En matière extracontractuelle, seule pourrait alors être qualifié de véritable clause pénale celle qui attacherait une conséquence déterminée au manquement à une ou plusieurs normes identifiées, normes dont la nature contractuelle ne doit alors plus nécessairement être exclue.

309. En dépit des incertitudes théoriques et prospectives sur la validité d'une clause pénale en matière extracontractuelle, en droit positif il semble pour l'instant acquis que la clause pénale est limitée à la matière contractuelle. Par rapport aux autres peines privées, la clause pénale se singularise donc tant par son origine que par la nature des normes qu'elle sanctionne.

§II – Un caractère civil variable.

310. L'analyse des différentes figures des peines pécuniaires privées confirme l'impression initiale de diversité, que ce soit concernant leurs fonctions, les normes qu'elles sanctionnent ou leur origine. Ainsi, il apparaît qu'au-delà même des cas dans lesquels les peines privées consistent en une mise en œuvre particulière de la responsabilité civile, leur consécration ne conduit pas nécessairement à un rejet d'une certaine conception indemnitaire. Cette observation est lourde de conséquence sur l'analyse du mécanisme, dans la mesure où la question du rattachement de la peine pécuniaire privée à la responsabilité civile, et plus généralement au droit civil, se pose manifestement sous une perspective différente selon que la peine privée présente ou non une fonction de réparation. Il semblerait alors logique d'envisager la peine privée successivement lorsqu'elle remplit ou ne remplit pas une telle fonction. Une telle présentation ne saurait pourtant être retenue. Le caractère partiellement indemnitaire de certaines peines pécuniaires privées constitue sans doute une des particularités les

¹²⁹⁰ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale*, op. cit., n° 592 et s..

plus notables de la peine privée. Elle n'est cependant pas la seule spécificité qui doit retenir l'attention.

La recherche des particularités des peines pécuniaires privées permettant de justifier la nature civile de la mesure doit en effet conduire à s'interroger tant sur les spécificités affectant le fonctionnement de la peine que sur celles engendrées par leurs origines. Alors que l'étude du fonctionnement de la peine (A) requiert de porter une attention particulière sur les peines privées mixtes, la réflexion est plus transversale concernant l'étude des spécificités de l'origine de ces peines (B).

A – La peine pécuniaire privée considérée en elle-même.

311. La recherche de critères de distinction entre les sanctions pénales – et plus généralement les peines publiques – et les peines pécuniaires privées a fait ressortir que la spécificité de l'attributaire du produit de la sanction ne peut, contrairement à ce qu'ont soutenu certains auteurs, être écartée des éléments caractéristiques de cette institution¹²⁹¹. L'importance de cette spécificité est toutefois variable. Si elle permet à certaines peines privées de remplir conjointement des fonctions indemnitaire et punitive, cette dualité n'est pas nécessaire, seule la fonction répressive étant consubstantielle à l'idée de peine privée¹²⁹².

La peine privée purement répressive et l'amende civile semblent alors extrêmement semblables, la différence d'attribution du produit de la peine paraissant constituer une simple différence technique entre les sanctions. La question mérite toutefois d'être approfondie. Cette différence influe-t-elle, en elle-même, sur les caractères de la sanction ? Certaines analyses, ainsi que certaines décisions pourraient le laisser penser.

Une partie de la doctrine, bien que de plus en plus réduite et nuancée, a pu affirmer que la peine privée, contrairement à l'amende civile, échappe aux principes régissant la matière pénale¹²⁹³. On peut certes penser que cette analyse, au demeurant contestable, est largement liée à une conception indemnitaire de la peine privée. Si elle

¹²⁹¹ Cf *supra*, n° 197.

¹²⁹² Cf *supra*, n° 230.

¹²⁹³ Voir notamment : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 512 et s.. Pour des développements plus poussés sur la question, cf *infra* n° 542.

devait toutefois être étendue à l'ensemble des peines pécuniaires privées, il faudrait alors rechercher dans la différence d'attributaire les raisons de cette distinction.

Cette interrogation semble d'autant plus légitime que, tant la Cour de cassation que le Conseil constitutionnel ont pu considérer que l'astreinte – qui constitue pourtant l'exemple le plus évident de peine privée « pure » – n'est pas une peine au sens de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen¹²⁹⁴. Est-ce alors seulement la dimension principalement coercitive de la mesure qui conduit à cette solution, ou faut-il également y voir la traduction d'une caractéristique commune à l'ensemble des peines pécuniaires privées ?

312. Après avoir envisagé la question, commune à l'ensemble des peines pécuniaires privées, des conséquences de son attribution à la victime (1), il conviendra de se demander dans quelle mesure la fonction indemnitaire de certaines peines privées est de nature à influencer l'analyse de celles-ci (2).

1 – L'attribution spécifique du produit de la sanction.

313. Conséquences théoriques de l'attribution de la sanction. L'attribution particulière de la sanction à la victime du comportement réprimé tend incontestablement à justifier le rattachement au droit civil des peines pécuniaires privées. En effet, le prononcé d'une telle peine rend débiteur l'auteur du comportement réprimé d'une somme d'argent vis-à-vis de la victime. Cet effet, à savoir engendrer un rapport d'obligation entre deux personnes privées correspond *a priori* à un mécanisme de droit civil, compris comme la branche du droit ayant « pour objet la réglementation des rapports de droit privé, c'est-à-dire des droits que les particuliers peuvent exercer dans leurs rapports entre eux et des obligations réciproques pesant sur eux »¹²⁹⁵, renvoyant plus spécifiquement au droit des obligations dont l'inclusion au sein du droit civil semble difficilement contestable¹²⁹⁶. À cela on peut ajouter que les peines privées sont classiquement opposées au droit pénal, « la peine privée profitant à un particulier »

¹²⁹⁴ Cf *supra*, n° 563.

¹²⁹⁵ F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 167.

¹²⁹⁶ G. Cornu, *Droit civil, Introduction au droit*, Montchestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 13^{ème} éd., 2007, n° 258 : « le droit civil donne à la société une organisation de base [...] l'ensemble de nos institutions civiles fondamentales [...] que [...] sont la famille, la propriété privée, la volonté individuelle, la responsabilité personnelle, la liberté contractuelle, la force obligatoire du contrat (Nous soulignons), ... ».

alors qu'en droit pénal « c'est la société qui demeure en cause : le législateur, et lui seul définit les infractions et les peines »¹²⁹⁷.

314. Ces éléments doivent néanmoins être nuancés. D'une part, la vision de la peine privée précédemment dépeinte correspond de toute évidence à une peine privée primitive. Les peines pécuniaires privées modernes ne constituent vraisemblablement plus des mécanismes au service d'une vengeance privée mais sont fréquemment instaurées par l'État au service de l'intérêt général¹²⁹⁸. D'autre part, si les peines privées conduisent bien à l'instauration d'un rapport obligationnel entre personnes privées, celui-ci présente néanmoins d'importantes particularités. On peut certes arguer qu'elles correspondent à une des obligations qui « naissent d'un fait personnel à celui qui se trouve obligé » de l'ancien article 1370 du Code civil. Cependant, à la différence des quasi-contrats, des délits et des quasi-délits qu'envisageait sous la désignation de fait personnel cet article, les peines pécuniaires privées ne sont pas justifiées, du moins pas toujours, par une prise en compte de l'intérêt privé du futur créancier de l'obligation, mais constituent généralement des moyens d'assurer la protection de l'intérêt général¹²⁹⁹. Ce faisant, la peine pécuniaire privée fait penser, à l'image du droit pénal, à un mécanisme relevant d'un droit mixte, pétri d'intérêt général, caractéristique du droit public, tout en s'inscrivant principalement dans le cadre de relations interindividuelles, caractéristique du droit privé.

315. Conséquences pratiques de l'attribution de la sanction : interrogation sur la nécessité d'une protection spécifique de l'accusé en présence d'une peine publique. C'est principalement sous l'angle de la qualification de peine au sens supralégislatif que l'attribution du produit de la peine pécuniaire privée semble susceptible de produire des conséquences. Tant la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales constituent des instruments principalement tournés vers la protection des individus face à l'État. La notion de peine, au sens constitutionnel et conventionnel, s'éloigne par conséquent de la peine au sens strict, au sens technique, afin de poursuivre

¹²⁹⁷ F. Terré, N. Molfessis, *Introduction générale au droit*, op. cit., n° 164.

¹²⁹⁸ Sur le passage d'une peine privée vindicative à une peine privée rétributive, voir : B. Mazabraud, *La peine privée, aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 12.

¹²⁹⁹ Cf *supra*, n° 188.

au mieux cet objectif¹³⁰⁰. La question peut alors se poser, en présence de sanctions pécuniaires, de la nécessité d'une particulière protection de l'individu lorsque l'État, ou plus généralement une personne publique, bénéficie de la sanction. L'idée peut à première vue sembler étrange. À la différence de la réparation où l'attention est portée sur la victime, la punition s'attache à la personne du fautif, à son comportement et au mal qui lui est infligé en réponse. Dès lors que le mécanisme vise principalement la dissuasion et la punition, qu'importe qui reçoit les sommes ?

316. Éléments en faveur d'une protection accrue. En présence de sanctions pécuniaires certains auteurs ont cependant pu montrer une méfiance particulière à l'égard des peines publiques. BECCARIA écrivait ainsi : « fut un temps ou presque toutes les peines étaient pécuniaires. Les crimes des sujets devenaient un patrimoine pour le prince. Les attentats contre la sûreté publique étaient une source de profits : ceux qui étaient chargés de défendre la société avaient intérêt à la voir lésée. C'était une affaire civile, contentieuse, privée plutôt que publique »¹³⁰¹. On voit dans ces lignes la trace d'une défiance particulière vis-à-vis de l'autorité publique, laquelle peut sembler, en présence d'une peine pécuniaire publique, juge et partie.

Cette défiance n'est, sans doute, pas dénuée d'une certaine légitimité historique. On constate ainsi qu'en droit médiéval le législateur « se préoccup[ait] surtout de l'amende qui tourne à son profit (*fredus*) et délaiss[ait] la réparation au juge »¹³⁰². Cette perception ne s'est actuellement pas totalement estompée : il arrive encore qu'une amende soit regardée comme une forme de taxe¹³⁰³ motivée par une recherche de profit pour l'État. Dès lors qu'en présence d'une peine pécuniaire privée les finances publiques ne profitent pas, sauf exception, du produit de la sanction, le condamné mérite-t-il une protection moins grande, la neutralité des pouvoirs publics semblant en ce cas acquise ?

¹³⁰⁰ Cf *supra*, n° 522 et s..

¹³⁰¹ C. Beccaria, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 104.

¹³⁰² A. Deroche, « Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts », art. préc., p. 19 ; C. Bontems, « Les dommages et intérêts dans les lois barbares », *Revue historique de droit français et étranger*, p. 454 et s..

¹³⁰³ G. Kellens, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, *op. cit.*, p. 222. Pour l'auteur, l'amende impose une sorte de taxe aux incivilités quotidiennes, ce qui tend alors à la dépénalisation par le fiscalisme. M. Crémieux, « Réflexion sur la peine privée moderne », art. préc., n° 13. L'auteur souligne que l'amende pénale si elle est trop fréquente risque de produire une « fuite psychologique », les justiciables la percevant alors comme une sorte de taxe. Récemment encore, la décision de baisser la limitation de vitesse sur certaines routes de 90 à 80 Km/h était perçue par 52% des automobilistes interrogés comme une taxe déguisée (« Limitation à 80 Km/h. Les automobilistes largement opposés à la mesure », Ouest-France, 10 avr. 2018, <https://www.ouest-france.fr/societe/securite-routiere/limitation-80-km/h-les-automobilistes-largement-opposes-la-mesure-5685757>) Sur la différence entre l'impôt, même dissuasif, et l'amende, voir par exemple : M. Von de Kerchove, « Les frontières des normes pénales », art. préc., p. 95.

317. Rejet de la proposition. L'importance de ces considérations ne doit toutefois pas être exagérée. On peut douter que les sanctions pécuniaires conduisent, en règle générale, à un véritable enrichissement de l'État, car elles permettent tout au plus de recouvrer une partie des frais engagés afin de lutter contre les comportements prohibés. De surcroît les critères d'identification de la peine, tant au sens conventionnel que constitutionnel¹³⁰⁴, ne semblent pas faire une place particulière à l'attribution de la sanction. Ainsi, le critère de la qualification formelle de la sanction semble ici hors de propos et la sévérité de la sanction ne dépend pas de son attributaire. Seule la question du but de la sanction semble susceptible d'une analyse véritablement spécifique concernant les peines pécuniaires privées. Dès lors toutefois que l'attribution particulière de la peine privée ne se justifie pas par la défense d'un intérêt privé¹³⁰⁵ et que les peines privées peuvent être purement punitives et dissuasives, il paraît impossible de conclure sur ce terrain à une spécificité générale des peines pécuniaires privées. Cette question pourrait cependant recevoir une réponse plus nuancée concernant les peines pécuniaires privées poursuivant, outre leur fonction punitive, une visée indemnitaire.

2 – Le caractère des peines privées indemnitaires.

318. Exclusion de l'étude des autres fonctions des peines privées. Hormis leur fonction punitive, les peines pécuniaires privées peuvent poursuivre divers objectifs qui ne se limitent pas à l'indemnisation de la victime. L'aspect dissuasif des peines pécuniaires privées est ainsi particulièrement mis en avant, non seulement pour l'astreinte et pour la clause pénale mais plus généralement pour l'ensemble de ces sanctions. Ainsi, selon certaines présentations, la dimension dissuasive des dommages et intérêts punitifs primerait leur caractère punitif¹³⁰⁶. Il ne semble pourtant pas nécessaire de consacrer à ce stade de longs développements à cette question. Outre que la distinction de la dissuasion et de la répression présente une certaine artificialité

¹³⁰⁴ Cf *supra*, n° 527 et s.

¹³⁰⁵ Ayant été retenu que cette différence d'attribution ne traduit, au moins en règle générale, aucune spécificité quant à l'intérêt protégé Cf *supra*, n° 188 et s..

¹³⁰⁶ D. Cohen, « Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : “les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur” », in *Mélanges offerts à C. Jauffret-Spinosi*, Dalloz, Paris, 2013, p. 247 et s., not. p. 248. *Contra* : B. Mazabraud, « La peine privée, aspects de droit interne et international », *op. cit.*, n° 57 et s..

lorsque la dissuasion consiste en la menace d'une peine¹³⁰⁷ une telle approche ne permettrait pas, à la supposer fondée, de mieux appréhender les caractères des peines privées. En effet, la fonction dissuasive ne permet pas de conclure à un détachement des peines privées de la matière pénale, ne serait-ce que parce que celle-ci constitue une des fonctions de la responsabilité pénale et que l'analyse des rapports entre les différentes fonctions des sanctions pénales est loin de faire l'unanimité¹³⁰⁸. Pour ces raisons, c'est uniquement le caractère indemnitaire de certaines peines privées qui retiendra ici l'attention.

319. Fonction indemnitaire et responsabilité civile. La dimension potentiellement indemnitaire de certaines manifestations des peines pécuniaires privées conduit à envisager la question du rattachement de ces peines à la responsabilité et au droit civil d'une façon particulière. Faisant peser une obligation de réparation du dommage sur celui qui l'a causé par sa faute, arbitrants un équilibre entre intérêts privés antagonistes, ces mécanismes peuvent sembler davantage relever d'une déformation des principes régissant ces sphères du droit que d'une rupture avec elles. La situation des peines pécuniaires privées indemnitaires est de ce point de vue incontestablement distincte de celle des amendes civiles.

320. Difficultés de qualification des peines privées indemnitaires. Un tel rattachement ne saurait pourtant s'effectuer sans difficulté. Si la responsabilité civile, lorsqu'elle résulte de la commission d'une faute subjective, présente une dimension¹³⁰⁹ punitive et s'il est incontestable que cette responsabilité peut donner lieu à des solutions que n'explique pas sa seule dimension indemnitaire, le rattachement à la responsabilité civile de mécanismes pouvant ouvertement dépasser le préjudice subi¹³¹⁰ paraît plus difficile. Sans revenir ici sur le recul qu'une telle admission produirait sur le principe

¹³⁰⁷ Cf *supra*, n° 295.

¹³⁰⁸ Cf *supra*, n° 136 et s.. On peut de plus souligner que le Conseil constitutionnel s'appuie parfois précisément sur l'incitation à respecter une règle que produit une sanction pour qualifier celle-ci de sanction ayant le caractère d'une punition. Voir notamment : CC, Décision, n° 2014-692 QPC, 27 mars 2014, considérant n° 24 : « en instituant cette pénalité, le législateur a entendu assurer le respect par l'entreprise de ses obligations [...] et punir les manquements à ces obligations ; que, par suite, cette pénalité constitue une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »

¹³⁰⁹ Voir une fonction.

¹³¹⁰ Ou du moins étant fixés sans prise en considération nécessaire de celui-ci.

de réparation intégrale¹³¹¹, dans la mesure où la place de ce principe est discutée¹³¹², elle conduirait en tout cas à un rééquilibrage des différentes fonctions de la responsabilité civile.

321. Distinction au sein des peines privées mixtes. Il convient à ce stade d'opérer une distinction. Si certaines peines privées poursuivent de façon nécessaire une fonction indemnitaire, d'autres, alors même qu'elles ne se détachent pas totalement de la poursuite d'une telle fonction, ne la remplissent que d'une façon qui peut être qualifiée d'accidentelle¹³¹³. Une difficulté supplémentaire apparaît de ce point de vue. La fonction indemnitaire participant de la définition de la responsabilité civile, il semble contradictoire de lui rattacher des mécanismes qui ne poursuivent pas cette fonction de façon nécessaire. Le rattachement fonctionnel de ces mécanismes à la responsabilité civile est alors incertain. Cette difficulté est particulièrement sensible concernant les cas de dommages déduits de la faute. Une partie de la doctrine considère que ces sanctions, ou au moins une partie d'entre elles, respectent les conditions et fonctions propres à la responsabilité civile¹³¹⁴. Sauf à distinguer entre dommage

¹³¹¹ Sur la consécration jurisprudentielle de ce principe voir par exemple : J.-P. Gridel, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002.228. On peut certes objecter que le principe de réparation intégrale ne trouve, par hypothèse, à s'appliquer qu'aux réparations et non aux mécanismes punitifs. Cependant, dans la mesure où la responsabilité civile s'est développée autour d'une fonction indemnitaire, le principe de réparation intégrale s'est imposé comme modalité de principe d'évaluation du *quantum* de la responsabilité civile, si bien que c'est réellement à un recul de sa place au sein de celle-ci que peut conduire l'admission de mécanismes décorrélés du préjudice au sein de la responsabilité civile.

¹³¹² Si certains auteurs voient dans le principe de réparation intégrale un « principe unificateur » de la responsabilité civile (C. Coutant-Lapalus, *Le principe de la réparation intégrale en droit privé, op. cit.*, n° 110), d'autres rappellent que les principes sont érigés en fonction des finalités que l'on reconnaît aux institutions et que rien ne s'oppose sérieusement à un dépassement du principe de réparation intégrale (G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc. ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 14).

¹³¹³ *Cf supra*, n° 205.

¹³¹⁴ En droit de la concurrence : Ph. Le Tourneau, « Droit du marché et droit commun des obligations, De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998.83, p. 92. L'auteur soutient que le préjudice concurrentiel ne présente pas de réelle spécificité. Le préjudice concurrentiel supposerait la preuve des conditions habituelles de la responsabilité, y compris du dommage pour l'octroi de dommages et intérêts, se ventilerait selon les postes habituelles de responsabilité et si M. LE TOURNEAU reconnaît que des décisions condamnant des commerçants en l'absence de tout trouble avéré, il considère toutefois que la preuve du préjudice n'est nécessaire qu'à l'octroi de dommages et intérêts, pas au succès de l'action. Cette analyse ne semble toutefois correspondre qu'imparfaitement aux solutions retenues (Voir déjà : A. Pirovano, « La concurrence déloyale en droit français », art. préc., n° 49) ; M. Malaurie-Vignal, « La preuve du préjudice est-elle nécessaire dans l'action en concurrence déloyale ? », art. préc.. En matière d'atteinte à la vie privée : P. Jourdain, « La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation », *D.* 1997.289 : « Bien que la Haute juridiction ne vise que l'art. 9, il ne faut pas nous semble-t-il comprendre cet arrêt comme détachant le droit à réparation de la responsabilité civile et plus spécialement de l'art. 1382 c. civ. [...] D'autre part, s'agissant du préjudice, celui-ci n'a pas non plus à être positivement établi. Là encore ce n'est pas à dire que l'action en réparation soit indépendante des dispositions de l'art. 1382 mais seulement que la transgression d'un droit de la personnalité représente en soi un préjudice moral qu'il appartient aux juges du fond d'évaluer souverainement » ; C. Gauvin, « Les sanctions des droits de la personnalité, une étude de droit civil », *Communication Commerce électronique*, 2004/3, chron. 8, n° 9 ; *contra* : S. Laulom, « L'indépendance affirmée de l'article 9 du code civil du droit commun de la responsabilité », *D.* 1997.403. Pour une position intermédiaire : J. Hauser, « La protection de la vie privée : conditions et sanctions »,

nécessaire et préjudice nécessaire, présentation qui, en dépit de son intérêt intellectuel, ne correspond pas aux solutions retenues¹³¹⁵, cette conception ne semble admissible que si, dans les faits, la présomption irréfragable de dommage se trouvait, en raison de ses conditions de mise en œuvre, justifiée. Or l'observation des différents cas dans lesquels le dommage est déduit de la faute ne semble pas confirmer cette exigence. Le préjudice présumé est, en effet, exclusivement ou quasi-exclusivement un préjudice moral¹³¹⁶. Or le caractère effectivement nécessaire de ce type de préjudice semble largement invérifiable. De plus, le préjudice moral apparaît largement artificiel dès lors qu'il s'agit du préjudice moral d'une personne morale¹³¹⁷. Cette présentation conduirait de plus à faire des hypothèses envisagées des cas de peine pécuniaire privée présentant de façon nécessaire une fonction indemnitaire. La primauté donnée à l'aspect répressif au sein des peines pécuniaires privées remplissant de façon « accidentelle » une fonction indemnitaire semble *in fine* s'opposer à un rattachement cohérent de ces mécanismes à la matière civile, du moins si celui-ci devait être justifié sous le seul angle des fonctions.

322. Difficultés liées à la consécration de peines privées nécessairement indemnitaires. La question est plus complexe lorsque fonctions punitive et indemnitaire cohabitent pleinement et de façon systématique, la fonction indemnitaire participant alors, comme pour la responsabilité civile, de leur définition. Les peines pécuniaires privées remplissant nécessairement une fonction indemnitaire apparaissent alors être celles dont le rattachement à la responsabilité civile paraît le moins forcé. Les difficultés liées à de telles sanctions sont néanmoins importantes, ce d'au moins deux points de vue.

L'étude des peines privées a ainsi fait apparaître que celles-ci assurent, au moins lorsqu'elles sont édictées sous forme de règle générale et abstraite, par le pouvoir législatif ou réglementaire, la protection d'un intérêt public. Est-il alors pertinent, ainsi

RTD civ. 1997.632 : « Selon un processus maintenant bien établi, le droit au respect de la vie privée, d'abord abrité sous l'aile protectrice de la responsabilité civile, tend peu à peu à s'autonomiser sans pour autant s'en séparer complètement ».

¹³¹⁵ Cf *supra*, n° 205.

¹³¹⁶ L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », art. préc..

¹³¹⁷ M. Houssin, « Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales », *D.* 2018.366, n° 12. L'auteur considère que la consécration de dommages et intérêts punitifs permettrait de mettre fin à l'admission, qu'il considère comme une dérive, du préjudice moral des personnes morales. *Contra*, percevant à l'inverse la réparation du préjudice moral des personnes morales comme une alternative pertinente à l'instauration de dommages et intérêts punitifs : S. Guenna, *Le préjudice moral des personnes morales*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de F. Terré, soutenue le 17 nov. 2011, n° 170 et s., spéc. n° 181.

que certaines décisions des juridictions américaines le laissent entendre¹³¹⁸, de considérer que la répression n'est justifiée qu'en présence d'un dommage, d'une atteinte effective à un intérêt privé ? Si cette exigence rapproche les peines privées indemnitaires du fonctionnement normal de la responsabilité civile, leur capacité à assurer la défense de l'intérêt public en souffre¹³¹⁹. Ainsi que l'écrivait Monsieur SAINT-PAU, la responsabilité civile semble souvent une réponse inadaptée à la défense de l'intérêt général¹³²⁰. Plus généralement, et quel que soit l'intérêt défendu par la peine privée, l'efficacité de celle-ci semble réduite en présence de peines privées nécessairement indemnitaires¹³²¹. On peut alors souscrire à l'idée selon laquelle si l'existence de peines pécuniaires privées présentant nécessairement des fonctions à la fois punitive et indemnitaire est indéniable, au fur et à mesure de l'officialisation de ces peines il est souhaitable qu'elles se centrent sur la seule fonction punitive, permettant ainsi de rendre la sanction plus lisible et de faciliter sa mise en œuvre¹³²². Cette affirmation tend d'ailleurs à se vérifier en pratique : si certaines peines privées nécessairement indemnitaires ont pu être identifiées, il s'agit quasi exclusivement d'une instrumentalisation officieuse de mécanismes indemnitaires¹³²³. En revanche dès que les peines pécuniaires privées sont davantage institutionnalisées, leur caractère indemnitaire devient moins évident.

D'autre part, à supposer que la spécificité fonctionnelle des peines pécuniaires privées nécessairement indemnitaires permette effectivement leur rattachement au droit civil d'un point de vue théorique, les conséquences pratiques de ce rattachement seraient largement limitées si ces sanctions devaient être soumises au régime protecteur liées aux mécanismes répressifs. Or, il est loin d'être certain que la seule cohabitation

¹³¹⁸ Cf *supra*, n° 274.

¹³¹⁹ On pourrait certes objecter que la situation de certaines infractions pénales n'est pas très différente : le fait que la tentative ne soit pas systématiquement réprimée conduit, notamment concernant des infractions passant nécessairement par une atteinte à des personnes privées, à une solution similaire. L'équivalence n'est pourtant pas parfaite. D'une part l'exigence d'un préjudice conduit à écarter de façon plus large la répression dans la mesure où la réalisation d'un comportement prohibé peut, pour des raisons propres à la situation d'espèce, ne causer aucun préjudice concret à celui qui en est victime. D'autre part, le fait que la tentative ne soit pas systématiquement réprimée en matière pénale s'explique non pas par une prise en compte de l'absence d'atteinte à l'intérêt privé de la victime mais par l'absence d'atteinte suffisante à l'intérêt général, en l'absence de réalisation du comportement prohibé.

¹³²⁰ J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », art. préc., n° 32.

¹³²¹ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 63 et s..

¹³²² C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 160 ; Ph. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », art. préc., p. 1118 et 1119.

¹³²³ Cf *supra*, n° 211 et s..

d'une fonction indemnitaire à côté d'une fonction répressive pleinement assumée suffise à faire sortir ces sanctions du champ d'application de ces principes¹³²⁴.

B – Les spécificités engendrées par l'origine des peines.

323. Variable dans ses fonctions, la peine privée, lorsqu'elle est institutionnalisée, apparaît également diverse quant aux normes qui l'instituent. De façon classique, c'est souvent une loi ou un règlement qui prévoit l'existence de ces peines et détermine les comportements que celles-ci sanctionneront. L'étude de ces sanctions a pourtant révélé qu'en certains cas, l'origine de la sanction est plus spécifique, ce qui n'est pas sans incidence sur les caractères de la peine privée. Si tel semble assurément le cas lorsque la peine est d'origine contractuelle (1) l'analyse semble plus complexe lorsque la sanction considérée est d'origine judiciaire (2).

1 – La spécificité de la sanction d'origine contractuelle.

324. Spécificité de l'intérêt protégé. Les peines pécuniaires privées ne sauraient, de façon générale, se singulariser des peines publiques par l'intérêt qu'elles protègent¹³²⁵. La situation de la clause pénale apparaît de ce point de vue spécifique. À la différence des peines privées instituées socialement, les règles sanctionnées par des clauses pénales n'ont pas fait l'objet d'une discrimination par l'autorité publique conduisant à leur reconnaître une importance sociale particulière. Dans la mesure où seules les parties ont déterminé que la règle assortie de la clause pénale méritait une protection particulière, c'est alors véritablement un intérêt privé qui est mis en avant par cette peine. Le fait que, dans le cadre des présents développements, il ait été retenu que la clause pénale pouvait résulter d'un acte collectif ne change, de ce point de vue, rien. L'intérêt défendu par une telle clause peut certes être présenté comme un intérêt collectif et non un intérêt individuel, mais il ne se confond pas, quoi qu'il en soit, avec l'intérêt général.

¹³²⁴ Cf *infra*, n° 525 et s..

¹³²⁵ Cf *supra*, n° 185 et s..

325. Incertitudes entourant l'intérêt protégé. Certaines incertitudes peuvent cependant se présenter concernant les intérêts protégés, et ce d'au moins deux points de vue.

D'une part, n'est-il pas paradoxal de considérer que la clause pénale vise la protection d'intérêts privés alors même qu'elle peut être mise en œuvre indépendamment de tout préjudice ? Outre qu'on peut considérer que l'atteinte à un intérêt privé ne se confond pas avec la notion de préjudice¹³²⁶, l'intérêt est identifié *ab initio* et sa protection peut alors conduire à réprimer un comportement susceptible de lui porter atteinte alors même que celui-ci ne se serait traduit par aucune atteinte effective.

D'autre part, n'existe-t-il pas un intérêt public à ce que les conventions individuelles soient respectées ? La force obligatoire du contrat est sans doute liée à l'utilité sociale¹³²⁷. L'origine spécifique des clauses pénales interdit pourtant de considérer que c'est l'utilité que trouve la société à la bonne exécution des conventions privées qui est assuré par ces clauses¹³²⁸. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que, quand la loi prévoit le principe d'une pénalité en cas d'inexécution dont les parties doivent prévoir le *quantum*, la qualification de clause pénale est rejetée¹³²⁹.

326. L'origine particulière des clauses pénales, outre qu'elle participe de leur définition, conduit incontestablement à accentuer nettement la différence entre cette peine privée spécifique et les peines publiques, au premier rang desquelles les sanctions pénales. La spécificité de l'intérêt protégé par les clauses pénales, à savoir qu'il consiste en un intérêt privé, explique d'ailleurs sans doute les difficultés de la jurisprudence et d'une partie de la doctrine à reconnaître cet aspect du mécanisme et

¹³²⁶ J.-S. Borghetti, « Les intérêts protégés en droit de la responsabilité », art. préc., p. 155 et s., spéc. p. 156. L'auteur définit le préjudice comme la lésion d'un intérêt légitime juridiquement protégé. Hors du cas où l'intérêt n'est pas légitime et où la clause risquerait alors d'être annulée pour contrariété du but poursuivi à l'ordre public (Concernant le lien entre intérêt légitime en matière de préjudice et ordre public voir : J.-S. Borghetti, art. préc., p. 158) la clause pénale jouerait alors, en l'absence de préjudice, un rôle proche de celui de la *stipulatio poenae*, offrant une protection juridique dans un cas où l'ordre juridique général n'en offre pas.

¹³²⁷ J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet, *La formation du contrat, tome I : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, Paris, 2013, 4^e éd., p. 134 et s..

¹³²⁸ En revanche on peut sans doute considérer que c'est un intérêt social qui est pris en compte lorsque certaines clauses pénales créant un déséquilibre significatif sont prohibées, éventuellement au risque de conduire au prononcé d'une amende civile. Tel pourrait être le cas d'une clause pénale créant un déséquilibre significatif entre professionnels, laquelle relèverait alors de l'article L. 442-4 I : S. Pimont, « Clause pénale », art. préc., n° 15 ; M. Béhar-Touchais, « La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009.202.

¹³²⁹ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale, op. cit.*, n° 200 à 202 ; S. Pimont, « Clause pénale », art. préc., n° 21 et 22.

ce faisant à assimiler clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire¹³³⁰. Si l'astreinte se trouve dans une situation différente dans la mesure où elle est édictée par une autorité sociale, son origine la place également dans une situation spécifique.

2 – La spécificité de la sanction d'origine judiciaire.

327. Un consensus incertain sur l'exclusion de l'astreinte du champ de la responsabilité civile. La grande majorité des auteurs s'accordent à considérer que l'autonomisation de l'astreinte de sa fonction indemnitaire a conduit à détacher cette sanction de la responsabilité civile. Si le rattachement à la responsabilité civile est effectivement contestable concernant un mécanisme ne poursuivant aucune fonction indemnitaire, certains auteurs ont pourtant mis en avant le développement de la fonction coercitive et punitive de la responsabilité civile pour dénoncer l'exclusion de l'astreinte du champ de la responsabilité civile¹³³¹. Toutefois, pour les mêmes raisons que celles développées au sujet des amendes civiles, une telle approche semble contestable¹³³². C'est alors plus généralement sur le caractère civil de l'astreinte qu'il convient de s'interroger.

328. Spécificités liées à l'origine de l'astreinte. L'origine de l'astreinte ne semble pas lui conférer une spécificité aussi marquée que celle des clauses pénales. Certes, dans la mesure où l'astreinte vient sanctionner une norme n'étant applicable qu'à un ou plusieurs individus identifiés – et non une règle générale instituée pour l'ensemble de la société, ou pour l'une de ses parties abstraitement considérée – l'astreinte pourrait sembler assurer la protection d'intérêts strictement privés. Une telle présentation serait toutefois inexacte. Le fait que la norme sanctionnée par l'astreinte trouve nécessairement son origine dans une décision de justice¹³³³ empêche de retenir une telle présentation. Même lorsque le juge ordonne l'exécution d'une obligation contractuelle sous astreinte, ce n'est pas la norme contractuelle mais bien la décision judiciaire que sanctionne l'astreinte, ce qui ressort de la lettre de l'article L. 131-1

¹³³⁰ Cf *supra*, n° 301.

¹³³¹ M. Fréjaville, « L'astreinte », *D.* 1949 chron. p. 1 ; P. Kayser, « L'astreinte judiciaire et la responsabilité civile », art. préc., n° 4.

¹³³² Cf *supra*, n° 130.

¹³³³ F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 53. Il en résulte notamment qu'une astreinte ne saurait assortir une transaction.

alinéa 1 du Code des procédures civiles d'exécution¹³³⁴. Une deuxième idée, qui découle de la précédente, est que le pouvoir de prononcer des astreintes est reconnu au juge pour assurer le respect des décisions de justice davantage que pour assurer la protection des intérêts contingents des parties¹³³⁵, ce qui peut d'ailleurs conduire à s'interroger sur la pertinence de certains aspects du régime actuel de l'astreinte¹³³⁶. Même si elle ne vient pas sanctionner une norme impersonnelle, l'astreinte civile apparaît comme un instrument nécessairement tourné vers l'efficacité de la justice et constitue incontestablement un mécanisme au service de l'intérêt général. À l'inverse des clauses pénales, l'astreinte ne saurait dès lors constituer un mécanisme au service d'intérêts privés¹³³⁷, elle est « un instrument de procédure offert au juge avant tout »¹³³⁸, « elle est moins l'affaire du plaideur que celle du juge »¹³³⁹.

Une ultime remarque semble nécessaire. Dans la mesure où l'astreinte civile ne se conçoit que comme sanction de l'inexécution d'une décision du juge civil, et non du juge pénal¹³⁴⁰, elle sanctionne systématiquement une norme juridictionnelle dont la qualification civile semble difficilement contestable. À la différence des amendes civiles¹³⁴¹, il n'est alors pas possible de rapprocher cette situation de celle dans laquelle une norme pénale vient doubler une norme civile dans la mesure où le juge est, du fait du principe de légalité criminelle, incompetent pour édicter une norme de nature pénale. Le raisonnement qui avait été adopté au sujet des amendes civiles ne doit pourtant pas être entièrement écarté dans la mesure où cette présentation, si elle semble techniquement rationnelle, n'en demeure pas moins extrêmement artificielle.

*

* *

¹³³⁴ « Tout juge peut, même d'office, ordonner une astreinte *pour assurer l'exécution de sa décision* » (Nous soulignons). R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution, op. cit.*, n° 73. Les auteurs soulignent que le but de l'astreinte n'est pas de faire exécuter les obligations mais le jugement qui les constate.

¹³³⁵ E. du Rusquec, « La nature juridique de l'astreinte en matière civile », art. préc.. L'auteur souligne que bien que le litige soit « la chose des parties » il ne serait pas inconcevable de distraire l'astreinte au profit d'un fonds d'indemnisation. En ce sens également : F. Chabas, « La réforme de l'astreinte », *D.* 1992.299. Cette analyse de l'astreinte conforte d'ailleurs l'idée selon laquelle il n'est pas possible de caractériser la peine privée par le caractère de l'intérêt qu'elle vise à protéger *Cf supra*, n° 194.

¹³³⁶ En particulier la nécessité que la liquidation de l'astreinte soit demandée par une des parties au litige (*cf infra*, n° 698).

¹³³⁷ *Cf supra*, n° 328.

¹³³⁸ F. Chabas, « La réforme de l'astreinte », *D.* 1972, *préc.*.

¹³³⁹ D. Mazeaud, *La notion de clause pénale, op. cit.*, n° 207.

¹³⁴⁰ Sur la question du prononcé d'une astreinte civile par le juge pénal dans le cadre de l'action civile : *cf. supra*, note n° 1196.

¹³⁴¹ *Cf supra*, n° 164.

329. Conclusion de chapitre. En dépit de nombreuses études leur ayant été consacrées, la définition et l'identification des peines privées, même à limiter les recherches aux peines privées pécuniaires, apparaît complexe. Si certaines difficultés se présentent pour distinguer les peines privées et les peines publiques, c'est principalement la distinction avec la réparation qui paraît présenter les difficultés les plus marquées. Au terme de cette étude, il semble nécessaire de retenir sur ce point une position nuancée. Si la peine privée ne se définit qu'à travers ses fonctions répressive et coercitive, il ne saurait être exclu qu'une peine privée remplisse par ailleurs une fonction indemnitaire. Ce constat conduit indubitablement à envisager la question des rapports entre ces peines et la responsabilité civile sous un angle particulier. L'importance accordée à ce constat ne doit pourtant pas être exagérée. D'une part, certaines peines pécuniaires privées remplissent bien une fonction indemnitaire, mais seulement de façon ponctuelle, ou en tout cas pas de façon systématique, ce qui semble suffire à les distinguer du fonctionnement normal de la responsabilité civile. D'autre part, les peines pécuniaires privées nécessairement indemnitaires consistent exclusivement ou quasi-exclusivement en des cas officieux de peine privée, dont la consécration pure et simple apparaît soit impossible, soit inopportune. On peut dès lors conclure que d'un point de vue fonctionnel, les peines pécuniaires privées, telles que leur consécration est actuellement envisagée, ne se rattachent pas aisément à la responsabilité civile.

Ce constat, couplé à la diversité des sources des peines pécuniaires privées ainsi qu'à la multiplicité des normes que ces sanctions sont susceptibles de sanctionner a conduit à considérer que les rapports qu'entretiennent les peines privées avec le droit civil, et particulièrement avec la responsabilité civile, sont marqués du sceau de la diversité. Selon leur fonction, leur origine et la norme qu'elles sanctionnent, le rattachement des peines pécuniaires privées à la responsabilité civile, et inversement leur distinction de la responsabilité pénale, apparaît plus ou moins légitime.

330. Conclusion de titre. La notion de sanction pécuniaire civile connaît deux ensembles de sanction : les amendes civiles et les peines pécuniaires privées.

Certaines sanctions constituent des peines publiques et sont qualifiées d'amende civile, qui a été définie dans le cadre de cette étude comme « une amende prononcée par une juridiction en réponse à un comportement, ou une abstention, prévus par un texte et qui, non constitutifs d'une infraction pénale n'entraînent pas par principe

l'application de l'ensemble des règles régissant les amendes pénales »¹³⁴². Au terme de ce titre, une nuance pourrait toutefois être apportée à cette définition. En effet, si on considère qu'une astreinte nécessairement attribuée au Trésor constitue une amende civile, l'amende civile ne serait alors plus nécessairement prévue par un texte mais pourrait également découler d'une décision de justice. Les amendes civiles présentent en tout cas une proximité très forte avec les sanctions pécuniaires pénales. Le rattachement de ces sanctions, totalement détachées d'une finalité indemnitaire, à la responsabilité civile, semble artificiel. En effet, ni l'analyse des amendes elles-mêmes ni celles des conditions présidant à leur prononcé ne permet de justifier de façon satisfaisante le rattachement des amendes civiles à cette responsabilité. La situation des peines pécuniaires privées semble *a priori* plus nuancée. Si celles-ci supposent, dans leur définition même, une fonction punitive, la spécificité d'attribution de ces peines leur permet de remplir, nécessairement pour certaines, occasionnellement pour d'autres, une fonction indemnitaire. Toutefois, au-delà de l'instrumentalisation plus ou moins occulte de mécanismes indemnitaires dans une optique répressive, la consécration de véritables peines pécuniaires privées semble nécessairement conduire à un certain détachement de la fonction indemnitaire et à un éloignement de la responsabilité civile¹³⁴³.

En revanche, même en présence de peines pécuniaires privées officialisées, l'origine particulière de la sanction, principalement dans le cas des clauses pénales, conduit à considérer que l'intérêt principalement protégé par la sanction est distinct de l'intérêt général, ce qui différencie la mesure des sanctions pénales et pourrait légitimer son rattachement au droit civil.

Sous réserve de cette hypothèse, il résulte des développements précédents que, si les sanctions pécuniaires civiles présentent certains éléments de disparité, le caractère civil de ces mesures est, quoique dans une mesure variable, artificiel ou forcé. Les sanctions pécuniaires civiles vont ainsi à l'encontre des classifications juridiques habituelles et ne semblent pas relever d'un système intellectuellement cohérent de classification des mécanismes juridiques, à tel point qu'on peut se demander si l'inclusion de ces mécanismes de responsabilité au sein du droit civil ne conduit pas à

¹³⁴² Cf *supra*, n° 81.

¹³⁴³ La sanction-réparation mise en place par la loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 semble, par un mouvement contraire, brouiller la distinction des responsabilités civile et pénale en conférant une dimension principalement indemnitaire à certains mécanismes pénaux : X. Pin, « Politique criminelle et frontière du droit pénal : enjeux et perspectives », art. préc., n° 29.

la création d'une seconde forme civile de responsabilité, irréductible à la responsabilité civile dans son acception classique¹³⁴⁴.

¹³⁴⁴ Cf *supra*, n° 106 et 128 et s., spéc n° 130. Voir déjà, en matière de dommages et intérêts punitifs : S. Piedelièvre, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », art. préc., n° 5 ; P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, art. préc., n° 11. La distinction opérée par l'auteur entre les dommages et intérêts punitifs qui seraient des sanctions relevant d'une responsabilité mixte et les amendes civiles qui constitueraient de pures sanctions pénales ne semble toutefois pas totalement justifié, au moins lorsque les dommages et intérêts punitifs ne constituent pas des peines privées mixtes. En ce cas, à l'image des amendes civiles, ils constitueraient un cas d'inclusion au sein du droit civil d'un mécanisme répressif.

TITRE II : LA COHÉRENCE DU RECOURS AUX SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES.

331. La justification pratique du mécanisme. En dépit de leur manque de cohérence conceptuelle, l'étude qui a été réalisée sur les manifestations des sanctions pécuniaires civiles ainsi que leur nombre croissant montrent que celles-ci retiennent l'attention du pouvoir politique, de l'autorité judiciaire ainsi que d'une partie de la doctrine. C'est sur un plan pratique que sont principalement développés les arguments tant en faveur de la consécration d'amendes civiles que de peines pécuniaires privées¹³⁴⁵. En effets, les sanctions pécuniaires civiles apparaissent comme un mécanisme éminemment tourné vers l'efficacité pratique. Cette spécificité est particulièrement visible en droit québécois. L'article 1621 du Code civil du Québec dispose ainsi que les dommages et intérêts punitifs « ne peuvent excéder, en valeur, ce qui est suffisant pour assurer leur fonction préventive ». Comment ne pas voir dans ce texte la traduction de l'exhortation de Jeremy BENTHAM, père de l'utilitarisme, à « ne jamais employer plus de punition qu'il n'est nécessaire pour atteindre le but que l'on se propose »¹³⁴⁶, à savoir, pour l'auteur, prioritairement prévenir les infractions ?¹³⁴⁷

332. L'incohérence des recours aux sanctions pécuniaires. Un simple regard sur le champ d'intervention des différentes sortes d'amendes suffit à se convaincre qu'une cohérence d'ensemble fait défaut en la matière. À ce titre l'hypothèse des clauses abusives est troublante. Lorsqu'entre professionnels et consommateurs une clause ayant « pour objet ou pour effet de créer, au détriment du consommateur, un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat »¹³⁴⁸ est stipulée, le professionnel peut, aux termes de l'article L. 241-2 du Code de la consommation, se voir infliger une amende administrative. En revanche le fait « de soumettre ou de tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties »¹³⁴⁹ est

¹³⁴⁵ Voir cependant : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*.

¹³⁴⁶ J. Bentham, *Anarchical Fallacies, Works*, vol. II, Browning, p. 508, cité par X. Bebin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, *op. cit.*, Première partie, Chapitre I.

¹³⁴⁷ X. Bebin, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, *loc. cit.*.

¹³⁴⁸ C. Conso, art. L. 212-1, al. 1^{er}.

¹³⁴⁹ C. com., art. L. 442-6, I, 2^o, devenu L. 442-1, I, 2^o.

réprimé d'une amende civile¹³⁵⁰. L'évolution des sanctions tend également à accroître le sentiment de confusion. À titre d'exemple¹³⁵¹, l'article 29 de la loi du 9 mars 2002 avait créé un article 10-1 au sein de l'ordonnance du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante, article qui prévoyait la possibilité pour le juge d'instruction, le tribunal pour enfant ou la cour d'assises des mineurs, de condamner « à une amende civile dont le montant ne peut excéder 3 750 euros ». La loi du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs a supprimé le caractère civil de l'amende¹³⁵², sans qu'aucun élément dans l'exposé des motifs ou dans la lecture des débats devant le Sénat et l'Assemblée Nationale ne permette d'en éclairer la raison. Pour prendre des exemples plus récents, on peut s'étonner de ce que, ni l'exposé des motifs de la loi de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice¹³⁵³, ni le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance n° 2019-362 du 24 avril 2019 relative à la coopération agricole n'aient jugé nécessaire de justifier le recours à des amendes civiles aux articles 373-2-6 du Code civil et L. 521-3-1 du Code rural et de la pêche maritime¹³⁵⁴.

Plus généralement, le champ d'intervention des différents types de sanctions atteint en matière économique une complexité remarquable. Ainsi, les pratiques anticoncurrentielles sont normalement réprimées d'une amende administrative¹³⁵⁵, alors que le fait « pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre » de ces pratiques est puni d'une peine d'emprisonnement et d'une amende cette fois pénale¹³⁵⁶. De plus, en matière de pratiques non plus anticoncurrentielles mais restrictives de concurrence, l'amende est cette fois civile. Toutefois, aucun domaine n'atteint sans doute en illisibilité celui des sanctions en matières boursières. Ainsi les

¹³⁵⁰ Voir également *infra*, note n° 1423.

¹³⁵¹ Voir également : D. Ferrier, « Concurrence-Distribution », *D.* 2015.943. L'auteur présente la modification de l'article L. 441-6 du Code de commerce. Alors que cet article édictait une amende pénale, il prévoit désormais une amende administrative en cas de manquement aux articles L. 441-3 à L. 441-5 du Code de commerce. Au-delà du glissement opéré, on pourrait s'étonner du choix en ce domaine d'une amende administrative. Ainsi, alors que le non-respect de l'identification des éléments tendant à la détermination du prix (L. 441-3, III) sera sanctionné d'une amende administrative, la détermination d'un prix créant un déséquilibre significatif sera sanctionnée d'une amende civile (*cf infra*, n° 615). Des raisons peuvent évidemment exister à cette différence. On ne saurait par exemple nier que les obligations prévues à l'article L. 441-3 du Code de commerce présentent un caractère plus formel et plus objectif que la prohibition du déséquilibre significatif. Toutefois, le choix de la sanction mériterait sans doute d'être davantage discuté.

¹³⁵² Loi n° 2011-939 du 10 août 2011 sur la participation des citoyens au fonctionnement de la justice pénale et le jugement des mineurs, art. 36.

¹³⁵³ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice

¹³⁵⁴ Dans ce second cas, on peut même remarquer que le rapport au Président de la République ne mentionne pas l'amende.

¹³⁵⁵ C. com., art. L. 464-2, I.

¹³⁵⁶ C. com., art. L. 420-6.

articles L. 465-1 à L. 465-3 du Code monétaire et financiers répriment d'une peine privative de liberté et d'une amende les opérations d'initiés, la diffusion d'informations fausses ou trompeuses et la manipulation de cours, pratiques qui sont également réprimées d'une amende administrative en vertu de l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier, amende dont nous avons d'ailleurs vu que la requalification civile était envisageable¹³⁵⁷. La confusion des champs d'application des sanctions est alors telle que le législateur a mis en place un système d'aiguillage¹³⁵⁸ d'ailleurs vertement critiqué par une partie de la doctrine¹³⁵⁹.

333. La recherche d'un recours cohérent aux sanctions pécuniaires civiles semble rendre nécessaire de s'interroger sur ce qui justifie le recours à de telles sanctions. Si la consécration de sanctions pécuniaires civiles est justifiée par l'utilité que peuvent présenter ces sanctions, à quoi tient cette utilité ? Celle-ci semble principalement renvoyer à l'insuffisance des sanctions existantes (Chapitre I) que permettraient de pallier les sanctions pécuniaires civiles. S'en tenir à cette analyse ne permettrait toutefois pas de justifier la consécration de sanctions pécuniaires privées. Il convient également de vérifier que les alternatives moins attentatoires à la structure de notre système juridique ne sont pas en mesure de produire l'ensemble des améliorations attendues des sanctions pécuniaires civiles (Chapitre II).

Chapitre I – L'insuffisance des sanctions existantes.

334. Un des principaux éléments invoqués au soutien de la nécessité de consacrer des sanctions pécuniaires civiles repose sur l'insuffisance des sanctions existantes pour assurer la dissuasion et au besoin la répression des comportements nuisibles¹³⁶⁰. Cette insuffisance concernerait en premier lieu la branche de la

¹³⁵⁷ Cf *supra*, n° 91 et s..

¹³⁵⁸ CMF, art. L. 465-3-6.

¹³⁵⁹ A.-V. le Fur, D. Schmidt, « Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique », *D.* 2016.2126 ; M. Guyomar, *Les sanctions administratives, op. cit.*, p. 49.

¹³⁶⁰ Voir par exemple : G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc. ; F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 3 ; A. Anziani et L. Bétéille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile, op. cit.*, p. 88 : « Cette tendance lourde de la doctrine [en faveur de l'introduction de

responsabilité naturellement chargée de remplir ces objectifs, la responsabilité pénale¹³⁶¹ (Section I). Il convient cependant de souligner que le recours à des sanctions pécuniaires civiles, et plus spécifiquement aux formes les plus marquées de celles-ci que sont les amendes civiles et les dommages et intérêts punitifs, ne serait pas envisagé si la responsabilité civile, au moins dans son fonctionnement actuel, pouvait jouer un rôle complémentaire suffisant à la responsabilité pénale et satisfaisant du point de vue de la dissuasion des comportements antisociaux¹³⁶² (Section II).

Section I – Les insuffisances de la répression pénale.

335. Une double insuffisance prétendue du droit pénal. Les arguments avancés afin de démontrer que le droit pénal est, en certain cas, impuissant à assurer la dissuasion, et le cas échéant, la répression de comportements nuisibles sont principalement de deux ordres, qui semblent par certains aspects opposés. C'est tantôt une surpénalisation qui est critiquée, tantôt l'absence dans certains champs juridiques d'une véritable répression attribuée notamment à la rigidité du droit pénal. Les sanctions pécuniaires civiles sont alors parfois envisagées comme l'instrument d'une dépénalisation mesurée, parfois comme le moyen de réprimer des comportements ignorés du droit pénal.

336. Le constat d'une pénalisation excessive. Les sanctions pécuniaires civiles sont parfois envisagées comme une alternative à des sanctions pénales jugées excessives et inadaptées, notamment dans des matières techniques comme le droit du travail, le droit bancaire, le droit des sociétés et plus généralement le droit des affaires¹³⁶³. Une part importante de la doctrine dénonce ainsi un recours excessif au droit pénal¹³⁶⁴, que celui-ci soit imputé à une volonté de rendre aisément efficaces

dommages et intérêts punitifs] semble résulter du constat que le droit actuel de la responsabilité civile n'assurerait pas une suffisante prévention de comportements volontairement dommageables aux tiers, comportements par ailleurs non sanctionnés, ou de manière peu satisfaisante, par le juge pénal ».

¹³⁶¹ Voir par exemple : G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 40 et s..

¹³⁶² Voir par exemple : A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », art. préc., n° 11.

¹³⁶³ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 236 ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, *op. cit.*, n° 27.

¹³⁶⁴ Voir par exemple : J.-J. de Bresson, « Inflation des lois pénales et législation ou réglementations techniques », *RSC* 1985.241 ; M. Delmas-Marty, « L'inflation pénale », VIème congrès de l'Association française de droit pénal,

certaines règles qui ne touchent pourtant pas à des valeurs fondamentales¹³⁶⁵ ou à des réactions « émotionnelles » du législateur en réponse à des évènements ayant troublé l'opinion publique¹³⁶⁶. Les critiques face à cette utilisation large du droit pénal ont porté tant sur ses conséquences économiques, dans la mesure où une surpénalisation du domaine économique découragerait l'activité¹³⁶⁷ et constituerait pour les professionnels français un désavantage par rapport à leurs concurrents étrangers¹³⁶⁸, que sur ses implications juridiques. Si certains domaines ont été largement dépenalisés, notamment le droit de la concurrence¹³⁶⁹ par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence¹³⁷⁰, les matières économiques font encore l'objet de nombreuses incriminations en dépit de rapports proposant un retrait du droit pénal de ces domaines¹³⁷¹. Ce n'est en réalité pas un retrait pur et simple du droit pénal qui est généralement envisagé mais un transfert du droit pénal vers des sanctions civiles ou administratives¹³⁷². Même lorsque la dépenalisation s'est faite sans technique de substitution, le législateur est parfois revenu en arrière pour instaurer de nouvelles dispositions répressives. Tel est notamment le cas en matière de pratiques restrictives de concurrence. L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 avait supprimé toute

Montpellier, 1983 ; A. Viandier, J.-J. Caussain, « Droit des sociétés », *JCP E* 1990, 15677, n° 15. Les auteurs évoquaient « L'effet "polluant" du droit pénal des affaires dans les disputes entre actionnaires », jugeant la place attribuée aux sanctions pénales dans la loi de 1966 « excessive ».

¹³⁶⁵ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, n° 55, p. 41 et s., n° 1 ; A. Bénabent, « Pénalisation, commercialisation et ... droit civil », art. préc., p. 55 ; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 67 et s..

¹³⁶⁶ Entretien avec F. Teitgen et B. Thouzellier, « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », art. préc. ; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 69 et s..

¹³⁶⁷ Voir par exemple : Entretien avec R. Dati, garde des Sceaux, ministre de la Justice, « Si les règles sont trop nombreuses, trop contraignantes, elles découragent l'activité économique », *JCP G*, 2007, doctr. 198 ; E. Fortis, M. Segonds, « La dépenalisation du droit du travail, un objectif caduc ? », *Rev. trav.* 2012.402. Adde : R. Dati, Lettre de mission à M. J.-M. Coulon, in J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit..

¹³⁶⁸ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », loc. cit..

¹³⁶⁹ B. Bouloc, « La dépenalisation dans le droit pénal des affaires », *D.* 2003.2492 ; Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », loc. cit. ; M.-T. Calais-auloy, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », art. préc., n° 1 ; J.-B. Blaise, « La sanction pénale », *JCP E*, 2013, 1170. Voir plus généralement : B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit., n° 85 : « Ce phénomène (la dépenalisation) a été relevé récemment en matière de droit du travail, de droit économique ou financier, de droit des affaires, ... » ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 212.

¹³⁷⁰ Ord. n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence. Plus généralement une certaine dépenalisation a été réalisée en droit bancaire ou en droit des sociétés : D. Dechenaud, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires, libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale », *Droit pénal* 2010, étude 13, n° 1 ; Y. Mayaud, « Le droit pénal instrument de la régulation de l'activité économique et financière », in *Code de commerce, le livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2007, p. 625 et s., spéc. p. 633 et s..

¹³⁷¹ J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., passim ; M. de Virville (dir.), *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », Paris, 2004, spéc. proposition n° 40.

¹³⁷² C. Ginestet, « La dépenalisation du droit des sociétés ? », *RLDA* 2010/46. L'auteur souligne qu'« Il y a [...] peu d'exclusion du champ pénal sans technique de substitution » ; J.-M. Coulon, « Les nouveaux champs de la pénalisation, excès et lacunes », *Pouvoirs* 2009, n° 128, p. 5 et s., spéc. p. 6 ; Y. Muller, « La dépenalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », art. préc. ; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 213.

sanction particulière en ce domaine. Cette suppression pure et simple fut critiquée¹³⁷³ et conduisit à l'instauration de l'amende civile actuellement prévue à l'article L. 442-4 I du Code de commerce¹³⁷⁴.

337. Les raisons avancées pour préférer, dans des matières économiques et techniques, les sanctions pécuniaires civiles aux sanctions pénales sont principalement de deux ordres¹³⁷⁵. En ces domaines, les sanctions pécuniaires civiles sont envisagées comme une alternative à une pénalisation illégitime (§I) et inefficace (§II).

§I – Des sanctions envisagées comme alternative à une pénalisation illégitime.

338. S'il semble difficilement contestable que le recours au droit pénal qui est opéré n'est pas toujours justifié (A), les sanctions pécuniaires civiles ne semblent y offrir qu'une alternative partiellement satisfaisante (B).

A – Un recours injustifié au droit pénal.

339. Une utilisation dévoyée du droit pénal. Il semble généralement admis que le recours fréquent à un droit pénal pouvant être qualifié de technique conduit à ce que la présentation traditionnelle de la responsabilité pénale « sanctionn[ant] qui se rend coupable non pas d'une simple erreur de comportement, mais d'une transgression des règles essentielles admises par la société » soit largement remise en cause¹³⁷⁶. Le droit pénal n'est certes pas en lui-même illégitime à intervenir dans des domaines techniques, ne serait-ce que parce que tout manquement aux règles des affaires n'est pas moralement neutre¹³⁷⁷, mais il devrait se limiter à la répression des comportements

¹³⁷³ D. Fasquelle, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », art. préc., n° 2.

¹³⁷⁴ Anciennement L. 442-6 III du même code. Sur la restriction des comportements visés par l'amende civile voir par exemple : F Buy, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.* 2019.1122.

¹³⁷⁵ Y. Muller, « La dépenalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », art. préc..

¹³⁷⁶ A. Demichel, « Le droit pénal marche en arrière », art. préc.. Dans le même sens : B. Bouloc, « La dépenalisation dans le droit pénal des affaires », art. préc. ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 633.

¹³⁷⁷ A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, Paris, 2018, 5^e éd., n° 12.

les plus graves, constituer une *ultima ratio*¹³⁷⁸. Le droit pénal des affaires, loin de se limiter à la répression de tels comportements, sanctionne, en de nombreux cas, des omissions ou des fautes matérielles¹³⁷⁹. Tel est par exemple le cas de l'article L. 241-1 du Code de commerce qui « puni[t] d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 9 000 euros le fait, pour les associés d'une société à responsabilité limitée, d'omettre, dans l'acte de société, la déclaration concernant la répartition des parts sociales entre tous les associés, la libération des parts ou le dépôt des fonds »¹³⁸⁰, ou de l'article L. 242-29 du même code qui « puni[t] d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 4 500 euros le fait, pour le président ou les administrateurs d'une société anonyme, lorsque les capitaux propres de la société, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, deviennent inférieurs à la moitié du capital social » de ne pas convoquer une assemblée générale extraordinaire pour statuer sur la dissolution anticipée de la société ou de ne pas respecter les modalités de publicité de cette décision, même en l'absence de toute volonté de dissimulation de la part des personnes visées par ce texte. Le recours à la sanction pénale semble alors procéder d'une « instrumentalisation » de celle-ci, cette sanction paraissant découler de sa seule « valeur instrumentale », *i.e.* son aptitude à atteindre un objectif indépendamment du degré de moralité du comportement prohibé¹³⁸¹.

¹³⁷⁸ C. Ginestet, « Les modalités de la poursuite des infractions d'affaire », *LPA* 2008/122, p. 19 et s. ; O. Décima, « C'est grave ? », *D.* 2016.2442 ; Entretien avec F. Teitgen et B. Thouzellier, « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », art. préc. ; M.-T. Calais-Auloy, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », art. préc., n° 6 et s. ; R. Cario, « Médias et insécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires », *D.* 2004.75, III ; J. Pradel, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », art. préc., n° 6 : « La voie pénale devrait être réservée "non pas à toutes les actions mauvaises, mais seulement à celles qui menacent ou qui violent gravement les valeurs sociales fondamentales" ».

¹³⁷⁹ C. Ginestet, « La dépenalisation du droit des sociétés », art. préc.. Concernant le caractère artificiel de certaines sanctions pénales, notamment en droit du travail : O. Dufour, « Le chantier de la dépenalisation est lancé ! », *LPA* 2007/204, p. 3 et s.. Le droit pénal des affaires peut cependant parfaitement être porteur de valeurs sociales fortes : H. Matsopoulou, B. Saintourens, « Droit pénal et droit des sociétés », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés, op. cit.*, p. 175 et s., spéc. p. 181. Hors du droit pénal économique, voir : CP, art. 226-16 qui réprime notamment de cinq an d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende « Le fait, y compris par négligence, de procéder ou de faire procéder à des traitements de données à caractère personnel sans qu'aient été respectées les formalités préalables à leur mise en œuvre prévues par la loi ».

¹³⁸⁰ Il est également possible d'évoquer, par exemple, l'article L. 247-6 1° qui punit des mêmes peines le fait « De ne pas publier dans le délai d'un mois de sa nomination, dans un journal d'annonces légales dans le département du siège social, l'acte le nommant liquidateur et déposer au registre du commerce et des sociétés les décisions prononçant la dissolution ».

¹³⁸¹ M. Van de Kerchove, *Le droit sans peine, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, F.U.S.L., Bruxelles, 1987, spéc. p. 450 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 14. Voir en matière de bioéthique : A. Prothais, « Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC* 2000.39, n° 7 et « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, I 129, n° 17. Il n'est cependant pas certain que cette critique soit totalement pertinente en matière de bioéthique. Si on peut admettre avec l'auteur un désordre nuisible des infractions en cette matière (« Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », art. préc., n° 10), il est loin d'être certain que l'ensemble, voire même certaines, des infractions évoquées par l'auteur ne concerne pas des valeurs fondamentales de notre société. Voir de plus, sur la légitimité du droit pénal à intervenir en droit des affaires : M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Cours », Paris, 12^{ème} éd., 2019, n° 10.

340. Les effets pervers de la surpénalisation. Cette utilisation du droit pénal pour sanctionner des manquements à des règles davantage techniques que réellement porteuses de valeurs sociales est critiquable par plusieurs aspects¹³⁸².

D'une part, elle contribue à une perte de cohérence du champ d'intervention du droit pénal qui ne se caractérise plus nécessairement par l'importance des valeurs protégées, ce qui participe des difficultés à distinguer les sanctions pénales d'autres sanctions présentant une forte dimension répressive¹³⁸³.

D'autre part, l'incrimination d'infractions techniques et formelles conduit à traduire devant la même juridiction, et ainsi à mettre sur le même plan, un chef d'entreprise qui a manqué à certaines formalités et un délinquant de droit commun¹³⁸⁴, ce qui semble nuire au rôle « expressif » du droit pénal¹³⁸⁵, c'est-à-dire à sa capacité à révéler l'importance sociale de certaines valeurs¹³⁸⁶. Autrement dit, le fait de sanctionner de façon identique des comportements véritablement répréhensibles et de simples négligences ou maladresses, alors même que celles-ci ne semblent pas susceptibles d'entraîner de graves conséquences, conduit à banaliser la sanction pénale et à diminuer, dans l'esprit des justiciables, le caractère blâmable des premiers¹³⁸⁷. D'un point de vue plus pratique, les moyens de la justice étant limités, la multiplication des infractions conduit mécaniquement à diminuer les chances que chaque infraction soit

¹³⁸² Les critiques ici évoquées portent sur le principe même de la répression pénale. À ces critiques on peut ajouter une instrumentalisation par certains individus menaçant de porter plainte et utilisant les incriminations en cause à des fins de chantage : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 212.

¹³⁸³ Cf *supra*, n° 57 et s. et n° 180 et s..

¹³⁸⁴ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 7 ; A. Bénabent, « Pénalisation, commercialisation et ... droit civil », art. préc., p. 55.

¹³⁸⁵ Y. Muller, « La dépenalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », art. préc.. Sur la nécessité de repenser la dimension expressive du droit pénal : X. Pin, « Quelles perspectives pour le droit pénal ? », art. préc., spéc. p. 160 ; M. Guyomar, *Les sanctions administratives, op. cit.*, p. 30 et 34.

¹³⁸⁶ Voir, parmi de nombreux exemples : Y. Mayaud, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », art. préc., p. 481 et 482 : « C'est là une spécificité qui lui est vraiment particulière. Discipline de l'extrême le droit pénal, le droit pénal, par son intervention, serait-elle purement suivie, se démarquera toujours des normes qu'il accompagne par la signification profonde de sa présence. Avoir recours au droit pénal, faire appel à ses sanctions n'est pas anodin, pour engager des intérêts supérieurs ».

¹³⁸⁷ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 3, 5. Certains auteurs relativisent cet argument : E. Fortis, M. Segonds, « La dépenalisation du droit du travail, un objectif caduc ? », art. préc.. Madame FORTIS considère que l'affirmation selon laquelle « la pénalisation systématique du droit du travail conduit à placer sur le même plan des règles qui ont une portée pourtant très différente » (M. de Virville (dir.), *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité, op. cit.*, p. 58) constitue « un raccourci trompeur alors que le droit pénal a précisément un contenu très hiérarchisé avec de multiples procédures utilisables » ; B. Mazabraud, *La peine privée, aspects de droit interne et international, op. cit.*, n° 398 ; J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé, op. cit.*, n° 80 ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.*, n° 302.

sanctionnée, ce qui semble manifestement nuisible à la crédibilité de la sanction pénale¹³⁸⁸.

341. La déformation des principes pénaux. À ces critiques s'ajoute le fait que l'utilisation du droit pénal dans des matières hautement techniques et mettant en jeu des relations complexes entre les différentes personnes, physiques ou morales, susceptibles d'être impliquées dans la commission de l'infraction peut conduire à une certaine distorsion des principes du droit pénal¹³⁸⁹.

342. Les principes de légalité et d'interprétation stricte de la loi pénale. Tel semble être, en premier lieu, le cas du principe de légalité des délits et de l'exigence corrélatrice de précision de la loi pénale¹³⁹⁰, la complexité et la technicité des infractions envisagées conduisant à une relative incertitude sur la limite du licite et de l'illicite¹³⁹¹. À titre d'exemple, l'article L. 420-6 du Code de commerce punit d'« un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros le fait, pour toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 410-1, L. 420-2 et L. 420-2-2 » du même code. Cette incrimination par renvoi semble extraordinairement large : toute entente ou abus de position dominante pourra justifier le recours à une sanction pénale, alors même que ces comportements sont définis par rapport à des notions qui, issues des sciences économiques, sont d'une précision contestable¹³⁹².

De plus, certains éléments sont de nature à renforcer les atteintes portées au principe de légalité et de précision de la loi pénale. D'une part, l'imprécision des textes est aggravée par l'absence d'exigence, pour un nombre conséquent d'infractions, d'intention frauduleuse de l'auteur, intention qui aurait pu permettre de lever certaines

¹³⁸⁸ F. Debove, « Politique pénale – L'overdose législative », *Droit pénal*, 2004, étude 10, n° 14. Voir plus spécifiquement sur cette question : *infra*, n° 353.

¹³⁸⁹ Y. Muller, « La dépénalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », art. préc. ; C. Mascala, « Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004.3050.

¹³⁹⁰ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 5. Voir antérieurement, pour une démonstration des problèmes soulevés pour la qualification de certaines infractions : M. Delmas-Marty, « Les délits financiers commis dans cadre des sociétés commerciales », *D.* 1978.87 ; L. Lévy, « Le droit pénal des affaires : du droit complexe au droit immergé », *JCP G*, 1989, I 3369, n° 4 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, n° 13 et 14.

¹³⁹¹ Cette complexité, couplée à un certain affadissement en la matière du principe du contradictoire aurait, au moins à une certaine époque, conduit à un risque accru d'erreur judiciaire : L. Lévy, « Le droit pénal des affaires : du droit complexe au droit immergé », art. préc., n° 3 et 4.

¹³⁹² J.-B. Blaise, « La sanction pénale », art. préc., n° 11.

incertitudes. D'autre part, la multiplication des infractions en matière économique peut conduire à une superposition d'infractions, rendant complexe la détermination de la peine encourue et plus généralement la lisibilité des infractions¹³⁹³.

343. Le principe de personnalité des peines. Une telle déformation affecte également le principe de personnalité des peines. Elle est classiquement constatée à propos du chef d'entreprise : en certaines hypothèses, notamment en ce qui concerne le respect de certaines normes de santé ou de sécurité, le chef d'entreprise pourra être condamné pénalement alors même qu'il n'a pas réalisé lui-même l'infraction. En réalité, de telles sanctions ne sont pas détachées de toute considération d'une culpabilité personnelle : elles sont infligées en considération d'un manquement du chef d'entreprise à certaines obligations légales¹³⁹⁴. C'est toutefois à travers le fait d'un autre que se révélera généralement la faute du chef d'entreprise. Il a par ailleurs été remarqué que « plus les obligations [du chef d'entreprise] dépassent [...] les moyens permettant d'y répondre, plus la responsabilité perd de son caractère personnel et gagne en illusion »¹³⁹⁵. Les sanctions pénales du chef d'entreprise traduisent alors, sinon une véritable responsabilité pénale du fait d'autrui¹³⁹⁶, du moins un recul du principe de personnalité des peines¹³⁹⁷, le chef d'entreprise pouvant seulement s'exonérer par une délégation à une personne dotée des compétences, de l'autorité et des moyens nécessaires à l'exercice de sa mission dans les domaines où cette délégation est possible, comme en matière d'hygiène et de sécurité au travail¹³⁹⁸.

344. La présomption d'innocence. On peut enfin¹³⁹⁹ évoquer la présomption d'innocence qui serait particulièrement écornée en matière économique, conduisant en certains cas à une répression aveugle. Cette atteinte résulte notamment des

¹³⁹³ M.-L. Lanthiez, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », art. préc., n° 3 et s..

¹³⁹⁴ Sur l'évolution de cette responsabilité : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1012.

¹³⁹⁵ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 371.

¹³⁹⁶ Voir par exemple : J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, Paris, 10^{ème} éd., 2001, n° 36 ; M. Delmas-Marty, « Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité du fait d'autrui ou du décideur », *JCP G*, 1985, I 3218, n° 1. L'auteur souligne qu'au sein des entreprises « l'application de la règle de la personnalité des peines devient parfois extrêmement difficile ».

¹³⁹⁷ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 371.

¹³⁹⁸ Pour une illustration récente : *Crim.*, 31 oct. 2017, n° 16-83.683.

¹³⁹⁹ Aux exemples donnés on pourrait éventuellement ajouter le principe de nécessité : le simple fait que des sanctions, parfois lourdes, puissent être prononcées pour réprimer des comportements dont la gravité peut sembler contestable ne constitue-t-il pas une inflexion de ce principe ?

présomptions portant sur l'élément moral de certaines infractions intentionnelles¹⁴⁰⁰, présomptions conduisant le professionnel peu vigilant, s'il veut échapper à la répression pénale, à devoir démontrer son incompétence.

B – Une alternative partiellement satisfaisante.

345. Le maintien de solutions répressives¹⁴⁰¹. L'analyse des sanctions pécuniaires civiles a montré qu'en dépit des différences pouvant affecter ces sanctions, celles-ci se caractérisent toutes par une fonction répressive¹⁴⁰². Dès lors, à l'inverse de certaines mesures de substitution civiles, telles les nullités ou les injonctions¹⁴⁰³, l'instauration de sanctions pécuniaires civiles en remplacement de mesures pénales ne conduirait pas nécessairement à un allègement de la responsabilité pesant sur les potentiels responsables¹⁴⁰⁴. Certes de telles sanctions sont exclusives de toute privation de liberté, mais il convient de souligner qu'en pratique les sanctions pénales des matières techniques prennent exceptionnellement la forme de peines privatives de liberté¹⁴⁰⁵, sauf lorsque les infractions renvoient à un comportement réellement

¹⁴⁰⁰ M.-L. Lanthiez, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », art. préc., n° 8. Voir notamment, sur le recul dans les domaines techniques, et spécialement en droit pénal de la consommation, de l'élément moral : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, op. cit., n° 303 et s. ; C. Zolinsky, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », art. préc., n° 11.

¹⁴⁰¹ Il convient de souligner qu'en certains cas le droit pénal technique conduit à réduire la sanction qui serait appliquée en l'absence d'incrimination spéciale, si bien qu'une dépenalisation conduirait alors, par effet « boomerang », à une augmentation de la répression : D. Norguet, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires*, rapport CCIP, 10 janv. 2008, p. 15.

¹⁴⁰² Cf *supra*, Titre I.

¹⁴⁰³ Certains auteurs ont cependant critiqué, principalement au sujet des nullités, la « toxicité » de la sanction : A. Lienhard, « Pas si facile de passer du pénal au civil », *AJ pénal*, 2008.66, *in fine*. De façon plus générale, certains auteurs émettent la crainte que les sanctions civiles, pécuniaires ou non, puissent être plus « invalidantes » et plus lourdes que les sanctions pénales : D. Norguet, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires*, op. cit., p. 27 et 28.

¹⁴⁰⁴ Voir notamment : J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 24. Le rapport souligne que l'introduction d'amendes civiles ou de dommages et intérêts punitifs en remplacement des sanctions pénales aurait pour effet de modifier l'objet des mesures de substitution en leur accordant une dimension répressive. M.-L. Lanthiez, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », *Droit des sociétés*, 2008, étude 7, n° 20 : « La substitution de mesures civiles et administratives aux sanctions pénales ne doit pas leurrer : la dépenalisation du droit des sociétés n'est pas synonyme d'un allègement de la sanction pécuniaire. Les amendes civiles, sanctions pécuniaires prononcées par le juge civil à l'encontre de l'une des parties à la demande de son contradictoire mais au profit du trésor public, se rapprochent d'autant plus des amendes pénales qu'elles ont tendance à revêtir une dimension punitive ». Il est d'ailleurs remarquable que certains considèrent que la substitution de sanctions administratives aux sanctions pénales participe d'un alourdissement de la répression : Infogeg, « non-respect des délais de paiement dans les relations entre professionnels : durcissement des sanctions », art. préc..

¹⁴⁰⁵ Pour une analyse intéressante quoiqu'un peu datée : M. Delmas-Marty, « Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales », art. préc., p. 92. L'auteur indiquait que la proportion d'amendes en matière de délits financiers avoisinait les 80%. En droit pénal du travail, ce taux aurait atteint plus récemment 85% : D. Brach-Thiel, « Dépenalisation, mythe ou réalité ? Deux grands mythes du droit pénal du travail à dynamiter », *Rev. jur. comm.*, 2017/2, p. 279.

blâmable¹⁴⁰⁶, comportement au sujet duquel aucune dépenalisation ne semble envisagée. Il n'est dès lors pas évident que l'instauration de sanctions pécuniaires civiles en remplacement des sanctions pénales soit de nature à répondre aux problèmes d'inhibition de l'activité économique et de désavantages concurrentiels imputés à la surpénalisation du secteur économique.

346. Une substitution porteuse d'améliorations. Si l'instauration de sanctions punitives extra-pénales en remplacement de sanctions pénales ne permet pas de répondre de façon convaincante à l'ensemble des problèmes créés par un recours jugé excessif au droit pénal, il semble en revanche qu'une telle évolution serait porteuse de certaines améliorations, notamment sur les plans psychologique et symbolique.

347. Une amélioration psychologique. La surpénalisation du droit économique peut sembler relative, dans la mesure où les sanctions pénales sont, en pratique, peu prononcées¹⁴⁰⁷. Il a cependant été souligné qu'au-delà de la condamnation effective, le seul fait pour un chef d'entreprise de se trouver impliqué dans une procédure pénale pouvait constituer pour lui un véritable choc psychologique¹⁴⁰⁸. Le recours à des sanctions pécuniaires civiles, conduisant généralement à la compétence des juridictions civiles, permettrait de marquer plus nettement la différence entre celui qui a, par maladresse ou négligence, manqué au respect d'une règle technique et le délinquant de droit commun. Une telle amélioration suppose toutefois que les manquements réprimés par les sanctions pécuniaires civiles correspondent bien à des comportements moralement neutres, faute de quoi l'instance civile perdrait son caractère « aseptisé ». Or, il n'est pas certain que l'ensemble des cas dans lesquels des sanctions pécuniaires civiles sont aujourd'hui prévues correspond parfaitement à cette exigence¹⁴⁰⁹.

¹⁴⁰⁶ Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 7. Sur le caractère généralement inadapté des peines privatives de liberté en droit pénal économique : G. Canivet, avant-propos de la thèse de G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique, étude du droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., p. XII.

¹⁴⁰⁷ C. Ginestet, « La dépenalisation du droit des sociétés ? », art. préc. : à « l'exubérance textuelle correspond[...] un désert jurisprudentiel » ; Entretien avec F. Teitgen et B. Thouzellier, « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », art. préc. : « Il est vrai que la surpénalisation du droit des affaires français est relative : il suffit pour s'en convaincre de prendre l'exemple des États-Unis, où les condamnations lourdes sont régulières ». *Contra* : M.-L. Lanthiez, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », art. préc., n° 3 et s.. Pour l'auteur le faible nombre de condamnations ou leur faible gravité ne constitue pas un contre argument à la pénalisation excessive mais est plutôt une manifestation de l'inadaptation des sanctions pénales.

¹⁴⁰⁸ J. Larguier, Ph. Conte, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 5.

¹⁴⁰⁹ Cf *supra*, n° 149 et s..

348. Une amélioration symbolique. La substitution de sanctions pécuniaires civiles aux sanctions pénales semble de nature à permettre le rétablissement de la fonction expressive du droit pénal¹⁴¹⁰, offrant une possibilité de resserrement de ce droit autour des atteintes aux valeurs sociales jugées fondamentales¹⁴¹¹, tout en permettant le maintien de sanctions dissuasives et, au besoin, répressives. Dès lors, le recours aux sanctions pécuniaires civiles peut paraître une réponse satisfaisante aux problèmes de perte d'identité et de cohérence du droit pénal.

Toutefois, ce faisant, ne tombe-t-on pas de Charybde en Scylla ? La cohérence restaurée de la matière pénale semble passer, dans cette présentation, par une perte de cohérence plus générale de notre système juridique, en faisant assumer au droit civil un rôle qui n'est pas le sien¹⁴¹². On peut ajouter que l'identification des valeurs essentielles de la société en droit économique peut se révéler complexe, plusieurs voix ayant notamment dénoncé le manque de repères clairs dans les projets de dépénalisation¹⁴¹³.

Il semble cependant possible de relativiser ces critiques. Prendre conscience du caractère largement artificiel du rattachement au droit civil d'une partie au moins des sanctions pécuniaires civiles¹⁴¹⁴ conduit à limiter l'impact que produit ce rattachement sur la cohérence du droit civil. Certes la dépénalisation est, selon cette présentation, plus formelle que réelle, ce qui n'est toutefois pas un problème si on considère le seul objectif de rétablissement de la fonction expressive du droit pénal. De plus, le seul fait que la détermination des comportements qui, bien que réalisés dans un cadre économique et technique, sont de nature à porter atteinte aux valeurs fondamentales de

¹⁴¹⁰ Y. Muller, « La dépénalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », art. préc., *in fine* ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 539. Voir également : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 56 : « Quand une société décide ainsi de séparer ce qui est infraction pénale et ce qui ne l'est pas, quand elle se décide à nommer le mal, donc à dire le bien, elle touche à des territoires hautement symboliques qu'elle modèle et transforme du même coup ». S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 236.

¹⁴¹¹ F. Rouvière, « Le pouvoir répressif du juge civil », *RTD civ.* 2019.987 : « En somme, il s'agit de penser (assez classiquement) une échelle des peines au sein de laquelle l'amende civile a sa place ».

¹⁴¹² Voir notamment : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., *passim*.

¹⁴¹³ Voir par exemple : M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », *GP* 2008/145, p. 2 et s. ; E. Fortis, M. Segonds, « La dépénalisation du droit du travail, un objectif caduc ? », art. préc. : « On retrouve l'incantation selon laquelle le droit pénal doit être réservé aux actes les plus « graves » sans que l'on connaisse précisément les critères de la gravité : est-ce l'élément moral de l'infraction, la valeur protégée, le mode opératoire, le coût social et économique ? » Cette critique rejoint dans une certaine mesure celle adressée par Émile GARCON à la distinction des infractions naturelles et artificielles (Sur cette distinction voir notamment : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 169 et s.). Le problème de l'amoralité de certaines infractions techniques se distingue cependant de la distinction des infractions naturelles et artificielles dans la mesure où les infractions artificielles ne sont pas nécessairement amORALES (E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 171).

¹⁴¹⁴ Cf *supra*, n° 330.

la société soit complexe ne semble pas un argument susceptible de remettre en cause le bien-fondé d'une telle entreprise. En revanche, la restauration d'une cohérence dans le champ d'intervention du droit pénal suppose une rénovation globale et en profondeur de cette matière¹⁴¹⁵ plutôt qu'une approche pointilliste de dépenalisation sectorielle accompagnée d'une extension générale du champ pénal, l'attitude du législateur paraissant, selon certains, schizophrène, dans la mesure où celui-ci commande, d'une part, des rapports sur la dépenalisation et multiplie, d'autre part, les infractions pénales dans les lois qu'il adopte¹⁴¹⁶.

§II – Des sanctions envisagées comme alternative à une pénalisation inefficace.

349. À la problématique de la légitimité du droit pénal pour réprimer certains comportements s'ajoute celle de son efficacité¹⁴¹⁷. Certes le seul fait que certaines infractions soient peu, voire presque jamais¹⁴¹⁸, prononcées ne permet pas nécessairement de conclure à leur inefficacité¹⁴¹⁹. Cette inefficacité se révèle toutefois difficilement contestable en pratique. Néanmoins les éléments avancés pour démontrer et expliquer celle-ci, notamment en matière économique, sont multiples si bien qu'on peut s'interroger sur l'opportunité de recourir, en remplacement des sanctions pénales, à des sanctions pécuniaires civiles, dont l'adéquation à ces éléments ne semble pas nécessairement acquise.

350. L'inefficacité du droit pénal dans des domaines techniques, si elle tient pour partie à la façon dont les sanctions pénales sont employées (A), s'expliquerait

¹⁴¹⁵ Il convient ainsi de remarquer que même à s'en tenir au droit pénal non-technique, certaines infractions, notamment les contraventions (particulièrement celles des quatre premières classes) correspondent davantage à des incivilités qu'à la violation de règles essentielles de la société. Dans un souci de cohérence, certains auteurs ont donc posé la question de la dépenalisation des contraventions : G. Beaussonie, « Avant-propos », in G. Beaussonie, *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal*, *op. cit.*. Voir déjà : G. Levasseur, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.* 1959 chron. p. 121, n° 6 : « On pourra également contester que les contraventions appartiennent par nature au domaine du droit pénal ». Voir néanmoins le n° 7. Sur cette question, voir également : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 92 et s. et n° 203.

¹⁴¹⁶ E. Fortis, M. Segonds, « La dépenalisation du droit du travail, un objectif caduc ? », art. préc..

¹⁴¹⁷ En faveur de la consécration de mécanismes civils punitifs en raison de l'inefficacité des sanctions pénales, voir, parmi de nombreux exemples : L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 937.

¹⁴¹⁸ Pour des données chiffrées entre 1995 et 2006 : J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, *op. cit.*, annexe 1.

¹⁴¹⁹ M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », art. préc. : « l'analyse quantitative du nombre de condamnations prononcées est nécessaire mais insuffisante à justifier à elle seule une dépenalisation ».

également par une inadaptation intrinsèque de la sanction pénale à la sanction de certains domaines (B).

A – Un recours déraisonné aux sanctions pénales.

351. Des sanctions inadaptées aux manquements réprimés. L'inefficacité des sanctions pénales découlerait dans une certaine mesure de l'utilisation illégitime qui est faite du droit pénal en ce domaine. Les sanctions pénales se révéleraient excessives, trop brutales, au regard de la gravité des fautes reprochées¹⁴²⁰, rendant leur emploi concret difficile. On peut en effet penser que le procureur répugnera à requérir, et le juge à prononcer, une sanction qui semble totalement disproportionnée par rapport au manquement. Dès lors, en effet, qu'une sanction paraît excéder largement la gravité socialement perçue du comportement qu'elle assortit, soit cette sanction restera inappliquée, soit elle paraîtra oppressive¹⁴²¹.

352. La gravité excessive de la sanction pénale doit toutefois être relativisée. À s'en tenir à la seule gravité objective de la sanction, il n'est pas certain, hors des cas dans lesquelles une peine privative de liberté est prévue¹⁴²², que les sanctions pénales soient toujours plus sévères que les sanctions pécuniaires civiles ou que les amendes administratives¹⁴²³. Ainsi, les délits réprimés seulement d'une amende, ou plus généralement, les sanctions délictuelles, voire criminelles¹⁴²⁴, applicables aux

¹⁴²⁰ M.-T. Calais-Auloy, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », art. préc., n° 6 ; J. Hémar, *Les sanctions pénales en droit privé, op. cit.*, n° 78 ; M.-L. Lanthiez, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », art. préc., n° 9 ; Entretien avec R. Dati, garde des Sceaux, ministre de la Justice, « Si les règles sont trop nombreuses, trop contraignantes, elles découragent l'activité économique », art. préc. ; Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 3 ; A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon, *Droit pénal des affaires, op. cit.*, n° 14 ; A. Couret, « La passion de punir et le droit de l'entreprise », *D.* 2018.1745 ; Sur l'inadaptation des sanctions pénales des règles protectrices du consentement voir : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.*, n° 255.

¹⁴²¹ J. Rivero, « La sanction juridictionnelle et la règle de droit », art. préc., p. 457 et s. ; C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles, op. cit.*, n° 400.

¹⁴²² A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », art. préc., n° 6. Sur les défauts des peines de prison, voir par exemple : J.-M. Domenach, « En finir avec les prisons », *Esprit*, juill.-août 1972, p. 39 et s. ; M. Ancel, « Le problème de la peine de prison », *Rev. dr. pén. et crim.*, 1976-1977, p. 821 et s..

¹⁴²³ Cf *supra*, n° 345. Un auteur a ainsi souligné, au sujet des sanctions respectives du non-respect des délais de paiement, qui était antérieurement à la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation (article 123) sanctionnée, au titre de l'article L. 443-1 du Code de commerce, par une amende pénale, et des pratiques restrictives de concurrences, anciennement sanctionnées au titre de l'article L. 442-6 III du même code d'une amende civile, qu'« on peine à comprendre à comprendre la pleine cohérence » du dispositif de sanction mis en place par la réforme de 2008 : E. Claudel, « Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1^{re} partie] », *RTD com.* 2008.698, n° 22.

¹⁴²⁴ Lorsqu'une personne morale commet un crime pour lequel aucune amende n'est prévue pour les personnes physiques, le montant maximal de l'amende est d'un million d'euros (Code pénal, art. 131-38, al. 2).

personnes morales, sont, sous réserve des sanctions prévues à l'article 131-39 du Code pénal¹⁴²⁵, dans l'immense majorité des cas inférieures à l'amende civile de l'article L. 442-6 III du Code de commerce¹⁴²⁶ ou à l'amende administrative prévue à l'article L. 464-2 I du même code^{1427 1428}. Dès lors, il faut soit considérer que ce n'est pas tant l'emploi de la sanction pénale mais le choix de la peine, et notamment de sanctions privatives de liberté¹⁴²⁹, qui est inadapté, soit considérer que c'est la charge symbolique, morale, que porte la répression pénale¹⁴³⁰ qui rend cette sanction intrinsèquement inadaptée aux infractions purement techniques. Cette question rejoint alors celle de l'utilisation illégitime du droit pénal : la perte de valeur expressive du droit pénal lorsqu'il est employé pour sanctionner des comportements dénués de caractère immoral et l'inadaptation des sanctions pénales pour sanctionner de tels comportements apparaissant comme les deux faces d'une même pièce.

Même dans les cas où le droit pénal, recourant à des sanctions non pécuniaires, est effectivement plus sévère que la répression administrative ou civile, il n'est pas exclu que cette sévérité soit en réalité un avantage du droit pénal. En effet, lorsque le contrevenant a un pouvoir économique suffisant, le punir d'une sanction pécuniaire pourrait lui permettre de transférer le coût de la sanction pécuniaire à ses clients¹⁴³¹.

¹⁴²⁵ Notamment la dissolution.

¹⁴²⁶ Laquelle peut atteindre un maximum de cinq millions d'euros ou du triple de l'avantage retiré du comportement sanctionné ou de 5% du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Sur l'évolution du montant de cette amende, voir par exemple : M. Chagny (dir.), *Droit économique*, Lamy, Paris, 2019, n° 3282 et « Vers un droit unifié et réformé des pratiques commerciales déloyales », *RLC* 2017/66, n° 35.

¹⁴²⁷ Laquelle est au maximum de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre pour une entreprise, de trois millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise.

¹⁴²⁸ Ces amendes ne restent pas lettre morte. Ainsi en 2014, en sept décisions prononçant des sanctions pécuniaires, le montant total des amendes prononcées par l'autorité de la concurrence s'élevait à 1 013 622 840 euros (Autorité de la concurrence, *Rapport d'activité, in Rapport annuel pour 2014*, Documentation française, 2015, p. 27). Ce chiffre est toutefois exceptionnellement élevé. À titre de comparaison, en 2017, en neuf décisions, celui-ci atteignait 497 803 200 euros (Autorité de la concurrence, *Rapport d'activité, in Rapport annuel pour 2017*, Documentation française, 2018, p. 21). Voir en dernier lieu la loi n° 2019-1479 du 28 décembre 2019 de finances pour 2020 indiquant que le produit des amendes prononcées par l'Autorité était de 300 000 000 d'euros.

¹⁴²⁹ Certains auteurs ont toutefois considéré que dans certains domaines, tant l'emprisonnement que les amendes étaient inadaptés. Voir par exemple concernant la répression pénale des médias : J. Francillon, « Médias et droit pénal », *RSC* 2000.59 : « emprisonnement et/ou amende sont rarement appropriés s'agissant de journalistes ou d'organes de presse ». Par ailleurs, des critiques ont été adressées au choix des sanctions pécuniaires applicables aux personnes morales. Il est ainsi remarquable que l'échelle des peines ne soit pas, concernant les personnes morales, systématiquement respectée (voir notamment : S. Jacopin, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépenalisation du droit pénal des affaires" », in *Le renouveau de la sanction pénale, évolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 53 et s. : alors que les crimes sont par principe sanctionnés d'une amende d'un million d'euros (Code pénal, art. 131-38, al. 2), certains délits, comme l'escroquerie (Code pénal, art. 313-1), étant réprimés d'une amende cinq fois plus importantes que celle applicable aux personnes physiques (Code pénal, art. 131-38, al. 1^{er}), sont punis d'une amende supérieure à celle sanctionnant par principe les crimes, à savoir dans le cas de l'escroquerie 1 875 000 euros.

¹⁴³⁰ Certes les contraventions sont généralement dénuées d'une telle charge. Toutefois la classification des infractions conduit à devoir qualifier l'infraction de délit pour que l'amende puisse être d'un montant important.

¹⁴³¹ Cf *infra*, n° 315.

353. Un recours excessif au droit pénal. L'inefficacité du droit pénal découlerait surtout du recours excessif qui est fait à ce droit. La multiplication des infractions sanctionnant, au-delà des atteintes graves aux valeurs sociales, des manquements à des règles techniques conduit à une hypertrophie du droit pénal qui peut sembler nuisible à son efficacité. Le choix du législateur de recourir systématiquement au droit pénal pour assurer le respect des règles qu'il pose serait contreproductif, les lois inutiles affaiblissant, ici comme ailleurs, les lois nécessaires¹⁴³². Outre que la surpénalisation rend impossible la poursuite et la répression de toutes les infractions commises¹⁴³³, elle conduit à rendre impossible la connaissance des infractions par les justiciables¹⁴³⁴. Certains auteurs affirment alors qu'« on en arrive à la contradiction que plus on pénalise, moins on pénalise ! Plus on élargit le champ pénal, moins la répression est lourde »¹⁴³⁵. La surabondance de normes pénales risquant de conduire à leur inapplication, « une criminalisation en fait doit commencer par une dépénalisation partielle en droit »¹⁴³⁶.

B – L'inadaptation des sanctions pénales.

354. L'inefficacité des sanctions pénales pour réprimer certains comportements illicites en matière économique tiendrait également à une inaptitude inhérente au droit pénal à réprimer certains comportements. Il convient toutefois de relativiser d'emblée l'absolutisme de cette inaptitude. C'est, dans une certaine mesure,

¹⁴³² Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 10. L'auteur reprend, à propos du droit pénal des affaires, la formule de MONTESQUIEU.

¹⁴³³ Cf *supra*, note n° 1388.

¹⁴³⁴ F. Debove, « Politique pénale – L'overdose législative », art. préc., n° 10 et s. ; M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme, op. cit.*, p. 55 : « Le juriste ne sait plus, ne suit plus – ne peut plus suivre – le mouvement d'incrimination du droit pénal. Le phénomène est tel qu'aujourd'hui, en France, aucun spécialiste, aucune banque de données juridiques ne peut donner la liste exhaustive des infractions ».

¹⁴³⁵ Entretien avec F. Teitgen et B. Thouzellier, « Non pas dépénaliser, mais mieux pénaliser », art. préc.. Pour une présentation similaire : L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile, op. cit.*, n° 538 et 539.

¹⁴³⁶ M. Delmas-Marty, « Les délits financiers commis dans le cadre des sociétés commerciales », art. préc., p. 88. Cette affirmation doit toutefois d'être nuancé : le caractère dissuasif de la condamnation pénale et de ses conséquences paraît en certains secteurs réels. On peut par exemple rappeler qu'Airbus n'a pas hésité à conclure une convention judiciaire d'intérêt public (Sur ce mécanisme voir par exemple : F. Molins, « Actions publique », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 [actualisation févr. 2020], n° 212 et s.. Voir antérieurement à l'adoption du dispositif : A. Mignon Colombet, « La justice négociée en France : un modèle en construction pour les entreprises », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2016, p. 65 et s.) d'un montant approximatif de trois milliards d'euros afin d'éteindre les poursuites pénales (Voir par exemple : G. Dutheil, « Airbus paie pour clore es enquêtes anticorruption qui le visent », *Le Monde*, 28 janv. 2020).

le droit pénal tel qu'il existe à un moment donné qui se révèle inadapté à la sanction de certains comportements. Par exemple, si une des raisons longtemps avancées pour justifier la supériorité des sanctions extra-pénales sur les sanctions pénales en matière économique était l'impossibilité de punir pénalement une personne morale, cet argument n'est plus d'actualité¹⁴³⁷. Les particularités des sanctions pénales qui peuvent conduire à son inefficacité restent cependant multiples¹⁴³⁸ (1). Cependant les différents éléments invoqués pour expliquer l'inefficacité de la sanction pénale semblent, dans une certaine mesure, davantage devoir conduire à un recours à des sanctions administratives qu'à des sanctions civiles. Il semble alors nécessaire d'envisager les éléments pouvant conduire à préférer la voie civile par rapport à la voie administrative (2).

1 – Les raisons de l'inefficacité.

355. La technicité des comportements réprimés. L'inadaptation de la répression pénale aux matières économiques tiendrait, en partie, à un manque de maîtrise des magistrats judiciaires des aspects techniques de ces matières¹⁴³⁹, justifiant notamment le recours à des sanctions prononcées par des autorités administratives indépendantes, composées en partie de professionnels des milieux régulés. Ce manque de compétence s'expliquerait notamment du fait du caractère généraliste de la plupart des magistrats, qui conduit à ce que ceux-ci ne soient parfois appelés qu'une fois en quelques années à se pencher sur certains contentieux techniques¹⁴⁴⁰.

L'incapacité des juges pénaux à appréhender des matières techniques doit toutefois être largement relativisée. D'une part, celle-ci ne paraît pas irrémédiable¹⁴⁴¹.

¹⁴³⁷ Voir l'article 121-2 du Code pénal.

¹⁴³⁸ Pour un inventaire des raisons avancées en faveur de la substitution d'une répression administrative à une répression pénale dans le domaine économique : M. Cohen-Branche, « Autorité administrative indépendante – Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Droit pénal*, 2009, étude 22, n° 2 : « Classiquement, il est admis que les raisons qui ont alors conduit le législateur à confier un pouvoir de sanction à l'autorité de régulation dans le domaine boursier, la COB, prédécesseur de l'AMF, ont été, par comparaison avec la justice pénale, la réactivité et la rapidité, l'expertise technique, dans des domaines très spécialisés, et le pragmatisme, par la présence majoritaire de professionnels ». Voir aussi : E. Rosenfeld, J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », art. préc., p. 62.

¹⁴³⁹ Voir par exemple : Y. Mayaud, « Le droit pénal, instrument de la régulation de l'activité économique et financière », art. préc., p. 646 ; : M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 12 ; F. Stasiak, *Nature des autorités de régulation à pouvoir répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse dactyl., Nancy II, sous la dir. de J.-F. Seuic, 1995, p. 76.

¹⁴⁴⁰ Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 388.

¹⁴⁴¹ Voir par exemple, en matière d'abus de marché : A.-S. Choné, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, op. cit., n° 487.

Plusieurs rapports¹⁴⁴² insistent ainsi sur les possibilités de spécialisation des magistrats et des juridictions¹⁴⁴³ afin de donner aux juges judiciaires les moyens de maîtriser ce type de contentieux¹⁴⁴⁴. D'autre part, le manque de maîtrise de l'ensemble des juges sur certains sujets prête à discussion. Certains auteurs font remarquer que les mêmes magistrats censés ne pas disposer des qualifications techniques nécessaires semblent devenir subitement compétents dès lors qu'ils siègent au sein d'une autorité administrative¹⁴⁴⁵.

À supposer même que la critique soit pertinente, elle pourrait ne pas conduire au développement de sanctions pécuniaires civiles, le juge civil ne paraissant pas toujours mieux armé que son homologue pénal pour faire face à ce type de contentieux¹⁴⁴⁶, mais à des autorités administratives spécialisées. La présence de professionnels des milieux régulés constitue alors un gage de la compétence de l'institution. Il convient cependant de rappeler que cette spécificité n'est pas totalement étrangère aux juridictions civiles et notamment aux juridictions consulaires, lesquelles sont composées de commerçants élus. Le fait que les juges consulaires ne soient pas des magistrats de carrière peut certes parfois soulever des questions concernant leur maîtrise des questions juridiques. Toutefois, celle des juges siégeant au sein des principaux tribunaux de commerce semble généralement reconnue. Cette particularité, éventuellement couplée avec une spécialisation des juridictions¹⁴⁴⁷, peut sembler de nature à assurer une compétence technique des juges similaires à celle des professionnels siégeant au sein d'autorités administratives.

¹⁴⁴² Le droit positif connaît également des ébauches de solution : on peut par exemple mentionner le parquet national financier.

¹⁴⁴³ J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 84 à 86 ; L. Béteille, R. Yung, *Rapp. Sénat n° 296 sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, op. cit., p. 10 à 26. Dans le même sens voir par exemple : G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique, étude du droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., n° 215.

¹⁴⁴⁴ Il s'agit en réalité d'un mouvement global qui dépasse largement les seules sanctions répressives. À titre d'exemple l'article 231 de la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques complété par le décret n° 2016-217 du 26 février 2016 fixant la liste et le ressort des tribunaux de commerce spécialisés confèrent à certains tribunaux de commerce une compétence exclusive pour « les entreprises les plus importantes et les groupes connaissant des difficultés ».

¹⁴⁴⁵ F. Stasiak, *Nature des autorités de régulation à pouvoir répressifs et garanties fondamentales de la personne*, loc. cit. ; Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 386.

¹⁴⁴⁶ Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 379.

¹⁴⁴⁷ Tel est par exemple le cas pour l'article L. 442-6, devenu L. 442-4, du Code de commerce. En effet, lorsque le litige est porté devant les juridictions commerciales, seuls les tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris et Rennes peuvent connaître de l'affaire (C. com., art. D. 442-3).

356. La rapidité du contentieux. Dans les domaines économiques plus qu'ailleurs, la rapidité de la sanction apparaît indispensable à son efficacité¹⁴⁴⁸, les conséquences des pratiques sanctionnées étant souvent irréversibles¹⁴⁴⁹. À cela s'ajoute que lorsque la répression ne frappe qu'une personne morale, on peut craindre que si le délai de sanction est trop long, les personnes physiques à l'origine du comportement réprimé n'occupent plus la place qui était la leur, voire ne travaillent plus dans l'entreprise. Elles ne subiraient donc jamais, même indirectement, les conséquences négatives attachées à la sanction. La réaction pénale, contrainte par des principes visant à assurer les droits de l'accusé, se révélerait parfois trop lente dans les domaines techniques et serait par conséquent inadaptée à assurer la dissuasion et la répression en ces domaines¹⁴⁵⁰.

Il n'est cependant, là encore, pas certain que cet élément joue en faveur du développement des sanctions pécuniaires civiles. Au contraire, la durée des procédures semble conduire à préférer la répression pénale par rapport aux sanctions pécuniaires civiles. En effet, selon certains auteurs, une partie des justiciables se détourneraient de la voie civile au profit de la voie pénale en raison de la plus grande rapidité de la seconde par rapport à la première¹⁴⁵¹.

¹⁴⁴⁸ J.-B. Blaise, « La sanction pénale », art. préc., n° 17.

¹⁴⁴⁹ Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 378. Tel est notamment le cas en matière de concurrence ou la captation de la clientèle risque d'être souvent totalement réalisée avant que la sanction n'intervienne. Une remarque semble à ce stade nécessaire : quel que soit le délai de la réponse civile, on peut penser que dès lors que l'atteinte réalisée par le comportement deviendra rapidement irréversible, seule une mesure, prononcée très rapidement, de cessation de l'illicite est adaptée. Il ne faut toutefois pas occulter que la répression, lorsqu'elle remplit efficacement sa fonction préventive, permet également de parvenir à un résultat satisfaisant.

¹⁴⁵⁰ Voir par exemple : Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », art. préc., n° 8. En droit de la consommation voir : C. Ouerdane-Aubert de Vincelles, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, op. cit., n° 281 et s..

¹⁴⁵¹ M.-L. Lanthiez, « Vers une dépenalisation du droit des sociétés », art. préc., n° 25. La rapidité de la procédure n'expliquerait toutefois pas, à elle seule, la préférence de certains justiciables pour la voie pénale. Cette préférence s'expliquerait également par le caractère inquisitoire de la procédure pénale, allégeant logiquement la charge probatoire pesant sur la personne privée, ainsi que l'onérosité moindre de la procédure pénale. Toutefois dans la mesure où le juge de la mise en état dispose de nombreux pouvoirs pour parvenir à la manifestation de la vérité, c'est principalement le coût de la procédure civile qui conduirait à préférer la voie pénale : J.-M. Coulon (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., p. 86 et 87. Concernant la durée de traitement des affaires au civil, l'annuaire statistique de la justice, dans son édition 2011-2012 (<http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/annuaire-statistiques-de-la-justice-10304/annuaire-statistique-de-la-justice-23263.html>) indiquait que le délai moyen de traitement des affaires par les TGI était de 9,3 mois et celui des tribunaux de commerce de 5,9 mois. Les délais sont toutefois extrêmement variables selon les matières considérées. Si l'on essaie de ne retenir que les domaines se rapprochant de ceux ici étudiés, la durée du contentieux apparaît bien différente. Ainsi, en matière de concurrence et de propriété industrielle, le délai moyen de traitement par les TGI était, en 2010, de 19,5 mois, chiffre quasiment égalé par les tribunaux de commerce à 18,2 mois. En certains domaines en revanche, le délai de traitement des affaires par les tribunaux de commerce est nettement inférieur à celui des TGI. Tel est notamment le cas du contentieux de la responsabilité du fait de l'activité de certaines personnes qualifiées, le traitement par les TGI durant en moyenne 18,2 mois et celui par les tribunaux de commerce 7,2. Si les raisons de ces différences sont incertaines, on peut toutefois émettre l'hypothèse que la connaissance pratique des juges commerciaux des professions dont ils ont à apprécier les manquements contribue en partie à leur rapidité. Il est à noter que le rapport 2018 de la CEPEJ sur les systèmes judiciaires indique pour sa part un « disposition time »

357. L'application des principes directeurs du droit pénal. Quand bien même les principes pénaux semblent altérés en droit pénal économique¹⁴⁵², leur application peut constituer un frein à l'efficacité de la répression pénale. Ainsi, la rapidité insuffisante du contentieux pénal s'expliquerait en partie du fait des garanties procédurales qu'offre le procès pénal à l'accusé¹⁴⁵³. Surtout, le principe de légalité des délits et des peines conduirait à une trop grande rigidité des incriminations pénales, qui seraient dès lors incapables de s'adapter à la complexité des comportements économiques. La rigidité du droit pénal a été érigée par certains auteurs en argument principal du recours aux peines pécuniaires privées, du moins à certaines d'entre elles. D'éminents auteurs ont ainsi considéré « que le principe de “légalité des délits et des peines” fait obstacle, dans certains domaines, à [l'] efficacité [du droit pénal], soit parce que certaines des fautes commises ne sont pas incriminées pénalement, soit parce que les peines prévues par la loi se révèlent insuffisantes pour dissuader les auteurs des activités les plus lucratives. Dans ce cas-là, pourquoi ne pas donner au droit civil un rôle complémentaire de celui qui est habituellement confié au droit pénal ? »¹⁴⁵⁴ L'objectif n'est manifestement plus celui d'une dépenalisation, d'un allègement de la responsabilité, mais la recherche d'une efficacité dissuasive et répressive plus grande par l'émancipation des principes pénaux protecteurs. Il s'agit donc d'une substitution, non pas moins réprimer mais, au contraire, réprimer plus efficacement.

Cet argument rencontre cependant des limites certaines. Les jurisprudences tant constitutionnelles qu'européennes ne s'arrêtent pas aux seules qualifications formelles et étendent les principes protecteurs du droit pénal à l'ensemble des sanctions dont le caractère répressif est suffisamment marqué. Si le champ d'application exact ainsi que l'intensité des principes directeurs du droit pénal hors du cadre du droit pénal *stricto sensu* présentent des éléments d'incertitude¹⁴⁵⁵, il est en revanche certain que les sanctions pécuniaires civiles les plus prononcées, notamment les dommages et intérêts

(durée d'écoulement des affaires pendantes) des affaires civiles en France de 353 jours en 2016 en première instance en France, et un délai de 487 jours en appel : N. Fricero, « Une justice civile en pleine mutation ! À propos du rapport 2018 de la CEPEJ sur les systèmes judiciaires », *JCP G* 2018, II 1067.

On pourrait par ailleurs imaginer que l'utilisation des référés fournisse une solution satisfaisante aux problèmes de délais que rencontrent les juridictions civiles. Un auteur a cependant remarqué que l'utilisation du référé en matière économique est ponctuelle, ne pouvant constituer une solution générale : Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, op. cit.*, n° 378.

¹⁴⁵² Cf *supra*, n° 341.

¹⁴⁵³ Sur les composantes du procès équitable : cf *infra*, n° 726 et 796.

¹⁴⁵⁴ G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

¹⁴⁵⁵ Cf *infra*, n° 568.

punitifs et les amendes civiles, ne peuvent pas s'affranchir de toute contrainte inhérente aux mécanismes répressifs.

2 – *Le choix de la sanction civile par rapport à la sanction administrative.*

358. Les différents éléments invoqués pour justifier l'inefficacité de la sanction pénale semblent *a priori* trouver une meilleure réponse dans la répression administrative que civile. Plusieurs éléments peuvent pourtant être invoqués au soutien de la voie civile. L'élément le plus évident en faveur du choix de sanctions civiles tient à une rationalisation des moyens de la justice : « il s'agit simplement, dans un souci d'efficacité, d'économie et de cohérence judiciaires, de donner un pouvoir supplémentaire de punition à un juge civil déjà saisi des mêmes faits à des fins non répressives (injonction, expulsion, cessation de l'illicite, répétition de l'indu, réparation, etc.). Un tel regroupement évite ainsi la saisine de juges distincts, et donc la division les différents aspects du litige et l'éventuel prononcé de décisions contradictoires »¹⁴⁵⁶. À cela s'ajoute des obstacles à un recours généralisé aux sanctions administratives, notamment en raison du caractère normalement purement sectoriel de la régulation administrative. Au-delà de cette première limite, d'autres caractéristiques des sanctions civiles et administratives peuvent faire douter de l'opportunité de réduire la répression extra-pénale à la répression administrative¹⁴⁵⁷.

359. Les éléments tenant à la mise en œuvre de l'action. Envisageant « l'utilité d'un recours à la peine privée pour pallier les insuffisances des autres sanctions de l'ordre juridique »¹⁴⁵⁸, Suzanne CARVAL insistait sur l'intérêt existant au déclenchement de l'action par la victime dans le cadre de la responsabilité civile par rapport aux sanctions pénales, administratives et disciplinaires¹⁴⁵⁹. La possibilité reconnue à la victime de forcer le ministère public à déclencher l'action publique en se

¹⁴⁵⁶ J. Prorok, « La répression civile », art. préc., n° 29.

¹⁴⁵⁷ Il faut cependant, pour comprendre le succès de la répression administrative, tenir compte de l'influence européenne en cette matière : Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 362 et s..

¹⁴⁵⁸ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., Chapitre 2 du titre I de la deuxième partie.

¹⁴⁵⁹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 217 et s.. En raison de la relative inadéquation existant entre sanctions pécuniaires et disciplinaires (cf *supra*, n° 144) seules les sanctions pénales et administratives seront ici envisagées.

constituant partie civile tempère la différence existant sur ce point entre responsabilités civile et pénale¹⁴⁶⁰. En revanche l'absence d'un mécanisme équivalent devant les administrations dotées d'un pouvoir sanctionnateur¹⁴⁶¹, aboutissant à un contrôle par ces autorités des poursuites, risquerait de produire certains effets pervers. Le principal élément de dysfonctionnement des poursuites administratives tiendrait au fait que celles-ci s'inscrivent dans le cadre plus général de la régulation d'un secteur. D'où la tentation des autorités de poursuites d'user davantage de leur pouvoir en ce sens que pour assurer la répression des comportements les plus graves¹⁴⁶². Il convient toutefois de souligner que le déclenchement de l'action par la victime n'est pas une caractéristique commune de l'ensemble des sanctions pécuniaires civiles : tel n'est ainsi en principe pas le cas des amendes civiles¹⁴⁶³.

360. Les éléments tenants aux garanties individuelles. Un autre aspect plus général renvoie à la question, déjà évoquée¹⁴⁶⁴, des garanties entourant l'action répressive devant les autorités administratives. La répression administrative n'offrirait pas la même « qualité »¹⁴⁶⁵ que celle résultant d'une procédure judiciaire, notamment en termes d'indépendance ou d'impartialité. Il n'est pas contestable que les garanties entourant de telles sanctions ont connu des améliorations depuis les premières amendes administratives, au moins concernant la procédure applicable devant certaines autorités administratives. Celles-ci restent toutefois généralement inférieures à celles entourant les procédures juridictionnelles. De plus, lorsque les garanties entourant le prononcé de sanctions administratives tendent à se confondre avec celles mises en œuvre devant les juridictions, la qualification administrative des amendes peut alors être discutée¹⁴⁶⁶. Enfin, dans ce cas, la majorité des avantages attribués à la répression administrative tendant à s'effacer à mesure que les garanties entourant la procédure croissent, on peut s'interroger sur les raisons de recourir à de telles sanctions.

¹⁴⁶⁰ Voir toutefois : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 219. Il a par ailleurs été avancé que les juges d'instruction ne consacraient pas une grande attention aux cas techniques faisant l'objet d'une constitution de partie civile : S. Bonifassi, « Juridiciarisation à l'américaine et / ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque », *GP* 2002/311, p. 3.

¹⁴⁶¹ Soulignant l'absence d'équivalent administratif à l'action civile devant l'ancienne commission des opérations de bourse : H. Synvet, « Le nouveau droit boursier après la loi Sécurité et transparence du marché financier », *Cah. dr. fin.* 1990/17, p. 3.

¹⁴⁶² S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 222.

¹⁴⁶³ Cf *infra*, n° 708 et s..

¹⁴⁶⁴ Cf *supra*, n° 92.

¹⁴⁶⁵ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 232.

¹⁴⁶⁶ Cf *supra*, n° 92 et s..

Section II – L’insuffisance normative de la responsabilité civile.

361. La nécessité des sanctions pécuniaires civiles découlerait également des insuffisances de la responsabilité civile dans son rôle normatif. Suzanne CARVAL indiquait dans sa thèse que trois raisons peuvent conduire à ce que la responsabilité civile ne puisse pas jouer le rôle d’une sanction efficace de la violation des règles juridiques¹⁴⁶⁷. C’est d’abord l’insuffisance du montant de la sanction dans certains cas qui l’empêcherait d’être une sanction efficace des comportements illicites (soit parce que celui-ci étant inférieur aux profits retirés, elle semble n’être qu’une « taxe », soit parce que le dommage étant extrêmement difficile à chiffrer, le fautif n’assume pas la réalité du dommage). C’est ensuite le caractère clairement excessif de la sanction dans d’autres cas qui lui retirerait toute vertu éducatrice (la critique porte notamment sur les actions récursoires des fonds d’indemnisation). Ce sont enfin les conditions de mise en œuvre de la responsabilité civile qui pourraient nuire à son efficacité prophylactique (notamment lorsque les dommages individuels sont trop faibles pour que chaque victime agisse individuellement ou parce que les circonstances ont conduit, parfois du fait des diligences de la victime, à réduire, si ce n’est supprimer, le dommage).

Ces différentes hypothèses correspondent à des éléments conduisant incontestablement à limiter l’efficacité dissuasive et répressive de la responsabilité civile. Elles ne recouvrent toutefois qu’imparfaitement les différents éléments susceptibles d’entraver ces aspects de la responsabilité. Il n’est qu’à penser aux conséquences que produit l’assurance de responsabilité, laquelle ne correspond pourtant directement à aucune des catégories présentées. De façon plus générale, il semble alors nécessaire d’envisager non seulement les éléments tenant à la responsabilité civile elle-même (§I) mais aussi les règles présidant à la répartition finale de la charge de celle-ci, et plus spécifiquement celles permettant une collectivisation de la charge de la responsabilité (§II).

§I – Les modalités de mise en œuvre de la responsabilité civile.

¹⁴⁶⁷ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 196.

362. Essentiellement tournées vers la réparation, les modalités de mise en œuvre de la responsabilité civile ne paraissent pas toujours compatibles avec la poursuite d'une fonction normative¹⁴⁶⁸, que ce soit au stade du dommage (A) ou des faits générateurs (B).

A – Les limites tenant au dommage.

363. Le dommage intervient de deux façons dans la mise en œuvre de la responsabilité civile. D'une part, il constitue l'une des conditions de la responsabilité civile (1), d'autre part il intervient dans l'évaluation des dommages et intérêts (2).

1 – Le dommage, condition de la responsabilité civile.

364. Bien que les faits générateurs de responsabilité soient multiples, il est en revanche constant que la mise en œuvre de la responsabilité civile suppose la réalisation d'un dommage, lequel doit être certain, personnel et légitime¹⁴⁶⁹. On ajoute parfois qu'il doit être direct, condition qui fait néanmoins double emploi avec l'exigence d'un lien de causalité. L'objet principalement indemnitaire de la responsabilité civile rend cette condition naturelle dans la mesure où la réparation ne se conçoit que dans la mesure où il existe quelque chose à réparer. En revanche, dès lors qu'on considère le rôle répressif de la responsabilité civile, cette condition constitue évidemment un obstacle à l'efficacité de l'institution, rendant notamment impossible la sanction de la tentative¹⁴⁷⁰.

365. Des évolutions contradictoires. Ces précisions ayant déjà fait l'objet de développements¹⁴⁷¹, il ne semble pas nécessaire d'y revenir longuement. Il est cependant intéressant de souligner que la condition de dommage connaît, en certains

¹⁴⁶⁸ Il ne faut toutefois pas considérer que ce rôle est négligeable, les situations semblant assez différentes en fonction des branches du droit considéré. Ainsi en matière de concurrence, il a été proposé de retrancher l'indemnisation des préjudices particuliers de celle du préjudice à l'économie (autrement dit de tenir compte dans la fixation des amendes des dommages et intérêts versés par l'entreprise condamnée) afin d'éviter une répression excessive : C. Prieto, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », in *L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques concurrentielles*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », Paris, 2016, p. 3, n° 2.

¹⁴⁶⁹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité extracontractuelle*, op. cit., n° 373.

¹⁴⁷⁰ Cf *supra*, n° 120.

¹⁴⁷¹ Cf *supra*, n° 215.

domaines, une évolution à rebours de celle affectant le reste de la responsabilité. Il a été justement relevé que les différentes conditions de la responsabilité ont connu un assouplissement certain par rapport à leur signification originelle¹⁴⁷². Ces évolutions ont principalement pour finalité de faciliter l'indemnisation des victimes. Indirectement, cet assouplissement des caractéristiques exigées du dommage peut aussi permettre de lever une entrave à l'utilisation de la responsabilité civile dans un objectif punitif, notamment lorsque l'assouplissement porte sur la condition de certitude¹⁴⁷³. En ce cas, et dans des matières particulières¹⁴⁷⁴, la faute devient la condition centrale de la responsabilité civile¹⁴⁷⁵, à rebours du déclin que connaît celle-ci dans l'ensemble de la matière. La responsabilité civile apparaît incontestablement animée par des mouvements contradictoires contribuant plus que jamais à lui conférer les traits d'un « droit en miettes »¹⁴⁷⁶.

2 – Le dommage, critère d'évaluation des dommages et intérêts.

366. Les limites inhérentes au principe de réparation intégrale. La responsabilité civile ayant principalement pour objet de « rétablir aussi exactement que possible l'équilibre détruit par le dommage et de replacer la victime dans la situation où elle se serait trouvée si l'acte dommageable n'avait pas eu lieu »¹⁴⁷⁷, le principe d'évaluation du *quantum* des dommages et intérêts qui a été retenu est celui de la réparation intégrale du dommage¹⁴⁷⁸. Ce principe, qui conduit à une équivalence entre le dommage et la réparation emporte plusieurs conséquences. La plus directe est que la

¹⁴⁷² Voir notamment : A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, op. cit., titre I.

¹⁴⁷³ Cf supra, n° 206 et s. ; A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 206.

¹⁴⁷⁴ A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 220.

¹⁴⁷⁵ A. Bascoulergue, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 209 et 210.

¹⁴⁷⁶ A. Tunc, « Le droit en miettes », art. préc..

¹⁴⁷⁷ Jurisprudence constante : Civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, obs. R. Savatier, *JCP* 1955, II 8765 ; H. et L. Mazeaud, *RTD civ.* 1955.324. Voir les arrêts cités par : Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 596 et G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 116.

¹⁴⁷⁸ Voir par exemple : C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, op. cit. ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 596 et s. ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, loc. cit. ; R. Savatier, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, op. cit., n° 601 ; Y. Chartier, *La réparation du préjudice*, op. cit., n° 112, M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, op. cit., p. 417 et s. ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 297 et s..

réparation ne saurait, par principe¹⁴⁷⁹, être inférieure au dommage subi par la victime. Pour ce qui intéresse les présents développements, il résulte surtout de ce principe que la réparation ne peut excéder le préjudice subi¹⁴⁸⁰ et que le montant des dommages et intérêts est, en règle générale, indifférent à la gravité du comportement de l'auteur du dommage¹⁴⁸¹. Ces deux aspects du principe de réparation intégrale font que celui-ci est perçu comme une limite évidente à l'effet normatif de la responsabilité civile¹⁴⁸². La dimension normative de la responsabilité civile serait notamment réduite à néant en présence de fautes lucratives, dans la mesure où ces fautes, au moins selon une première approche¹⁴⁸³, génèrent un gain supérieur au dommage causé et conservent par conséquent à leur auteur un profit alors même qu'il aurait été condamné à réparer¹⁴⁸⁴. L'efficacité de la responsabilité civile en vue de réguler les comportements est encore compromise lorsqu'une faute génère auprès d'une multitude de personnes des dommages trop faibles pour que celles-ci décident d'agir individuellement¹⁴⁸⁵.

367. Les insuffisances des exceptions au principe de réparation intégrale.

Face à ces limites, il pourrait être objecté que la réalité est plus nuancée, le principe de réparation intégrale connaissant plusieurs exceptions, dans des cas où la responsabilité civile est officieusement employée comme peine privée¹⁴⁸⁶. Ces exceptions ont pourtant semblé insuffisantes aux auteurs militant en faveur d'une consécration de la fonction de peine privée de la responsabilité civile¹⁴⁸⁷.

¹⁴⁷⁹ Sur les exceptions, voir par exemple : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 602 et s..

¹⁴⁸⁰ *Contra* : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 286 et s. ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, n° 15, selon qui le terme intégral n'implique pas une adéquation exacte. Cet argument sémantique n'est toutefois pas pleinement convainquant : Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 601, note n° 135.

¹⁴⁸¹ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 1201.

¹⁴⁸² G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 40 ; D. Fasquelle, R. Mesa, « Les fautes lucratives et les assurances de dommages », *RGDA*, 2005/2, p. 351. A. Tunc, « Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », art. préc., n° 10. Pour un exemple d'inadaptation en matière de concurrence déloyale : A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 206.

¹⁴⁸³ *Cf infra*, n° 478 et s..

¹⁴⁸⁴ P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, art. préc. : une faute serait lucrative quand « elle rapporte plus qu'elle ne coûte » ; Ph. Le Tourneau, « Parasitisme – Régime juridique », art. préc., n° 30 ; B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligation, 1, Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1996, n° 1335 ; A. Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 417 ; M. Séjean, « La restitution du profit illicite », *RIDC*, 2014/2, p. 345, spéc. p. 436.

¹⁴⁸⁵ *Cf infra*, n° 450.

¹⁴⁸⁶ *Cf supra*, n° 215 et s..

¹⁴⁸⁷ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 197.

C'est principalement le caractère officieux du phénomène qui est dénoncé. Ce caractère conduirait à remettre en cause d'une part la légitimité des sanctions prononcées d'autre part leur efficacité.

368. Des sanctions illégitimes. L'illégitimité des dommages et intérêts officieusement punitifs résulterait déjà de l'insuffisance de garanties que présente leur prononcé pour les justiciables. Dès lors en effet que leur caractère répressif est dissimulé, aucun des principes propres à assurer la protection de la personne à qui est imposée une punition ne trouverait à s'appliquer¹⁴⁸⁸.

Elle résulterait ensuite de l'absence d'harmonie dans les sanctions prononcées. Du fait du caractère officieux du phénomène, aucune politique d'ensemble n'a pu émerger, conduisant à des disparités critiquables en fonction des magistrats et de leur sensibilité, au point qu'un auteur ait évoqué un « risque d'anarchie »¹⁴⁸⁹ dans la pratique juridictionnelle. De même, l'instrumentalisation des mécanismes classiques de la responsabilité à des fins répressives conduit logiquement à ce que la sanction soit prononcée comme un tout, sans distinction entre ce qui en son sein est justifié par une idée indemnitaire et ce qui relève d'une pure logique répressive. Cette unicité de la sanction conduit logiquement à rendre plus difficilement compréhensible la sanction pour celui qui en fait l'objet, lequel ne peut connaître de façon précise les considérations ayant conduit à fixer la sanction au montant auquel elle a été prononcée¹⁴⁹⁰.

369. Des sanctions inefficaces. L'inefficacité des sanctions étudiées tiendrait pour partie à certaines limites quant au montant de ces sanctions. Les juges du fond, en dépit de leur pouvoir souverain d'appréciation ne peuvent s'abstraire au-delà du raisonnable d'une certaine proportion par rapport au dommage, même par le biais du préjudice moral. Cette limite inhérente à l'utilisation occulte de la responsabilité civile dans une optique principalement répressive semble particulièrement gênante en

¹⁴⁸⁸ Cf *supra*, note n° 557.

¹⁴⁸⁹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *loc. cit.*.

¹⁴⁹⁰ A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 62 et s.

présence de comportements pouvant appeler une sanction totalement décorrélée du dommage¹⁴⁹¹.

Enfin, outre les questions d'assurabilité de la sanction¹⁴⁹², on peut souligner que ces sanctions risquent de voir une part de leur efficacité neutralisée dans le cas où elles seraient déduites fiscalement¹⁴⁹³. L'impôt sur le revenu dépend du bénéfice imposable, lequel est, en vertu de l'article 39 1. du Code général des impôts, sous déduction de toutes charges. Toutefois, en vertu du 2. du même article, « les sanctions pécuniaires et pénalités de toute nature mises à la charge des contrevenants à des obligations légales ne sont pas admises en déduction des bénéfices soumis à l'impôt ». En dépit de la polysémie du terme sanction, ce texte ne s'applique qu'à des mécanismes punitifs si bien que les dommages et intérêts sont déductibles. Cette solution a notamment été affirmée concernant l'impôt sur les sociétés¹⁴⁹⁴, lequel est soumis sur ce point aux mêmes règles que l'impôt sur le revenu¹⁴⁹⁵. Le fait que le juge ne puisse prononcer une sanction dépassant l'étendue du préjudice qu'en semblant respecter le principe de réparation intégrale conduit alors à admettre la déductibilité fiscale des sanctions en question. Seules les sanctions pécuniaires ouvertement punitives, même extra-pénales¹⁴⁹⁶, sont systématiquement à l'abri d'une telle déduction.

B – La multiplication des faits générateurs.

¹⁴⁹¹ J. Azéma, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs », *GP* 2001, p. 1962 ; E. Juen, « Vers la consécration de dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc., n° 24 ; P.-D. Vignolle, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? (acte II) », *GP* 2010/14, p. 7, I-A ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 257.

¹⁴⁹² Cf *infra*, n° 379. Adde : R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 936.

¹⁴⁹³ B. Mazabraud, *La peine privée, aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 286.

¹⁴⁹⁴ E. Cruvelier, « Impôts directs », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, 2017 (actualisation sept. 2019), n° 185 et s., spéc. n° 190 ; CE, 7 janv. 2000, n° 186108. Le Conseil d'État affirme notamment dans cet arrêt que : « Considérant qu'aux termes de l'article 39 du code général des impôts, applicable en matière d'impôt sur les sociétés en vertu de l'article 209 du même code "1. Le bénéfice net est établi sous déduction de toutes charges... 2. Les transactions, amendes, confiscations, pénalités de toute nature mises à la charge des contrevenants aux dispositions légales régissant les prix, le ravitaillement, la répartition des divers produits et l'assiette des impôts, contributions et taxes, ne sont pas admis en déduction des bénéfices soumis à l'impôt" ; que pour l'application des dispositions de l'article 38 du code général des impôts, selon lesquelles le bénéfice net imposable est "déterminé d'après les résultats d'ensemble des opérations de toute nature effectuées par les entreprises", seuls peuvent ne pas être pris en compte les actes ou opérations qui ont été réalisés à des fins autres que celle de satisfaire les besoins, ou, de manière générale, les intérêts de l'entreprise et qui, dans ces conditions, ne peuvent pas être regardés comme relevant d'une gestion normale de celle-ci ; que, par suite, ne relèvent pas nécessairement d'une gestion anormale tous les actes ou opérations que l'exploitant décide de faire en n'ignorant pas qu'il expose ainsi l'entreprise au risque de devoir supporter certaines charges ou dépenses ; que c'est seulement si de telles opérations ont été décidées à des fins étrangères aux intérêts de l'entreprise qu'elles peuvent être réputées relever d'une gestion anormale ».

¹⁴⁹⁵ CGI, art. 209.

¹⁴⁹⁶ V. Delaporte, « Les sanctions en droit français et communautaire de la concurrence », art. préc., n° 8 ; Voir sur le refus de déductibilité fiscale d'une amende administrative : F. Deboissy, « BIC. Frais et charges. Amende prononcée par le Conseil de la concurrence. Déduction (non). CGI, art. 39-2 », *RTD com*, 2000.757.

370. Bien que la condition de dommage ait toujours orienté la responsabilité civile vers un rôle indemnitaire, le fait générateur était dans la grande majorité des cas en 1804 une faute, donnant ainsi à la responsabilité civile une connotation nettement moralisatrice. L'évolution de la responsabilité civile pour faire face à un besoin accru d'indemnisation face à une société connaissant dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle une révolution industrielle, un développement de l'urbanisation et un recul de la solidarité familiale est trop connue pour y consacrer de longs développements. Toutefois, le tropisme indemnitaire qu'a connu la responsabilité civile apparaissant être une des principales raisons ayant conduit au recul de la dimension normative de cette institution, il semble nécessaire d'en présenter les grandes lignes.

371. Le développement indemnitaire de la responsabilité civile. La prédominance de la faute aux origines du Code civil est évidente. Au-delà des articles 1382 et 1383 du Code civil (devenus 1240 et 1241) qui définissaient directement les conditions de la responsabilité pour faute, les articles suivants sont largement dominés par cette idée. L'article 1384 alinéa 1 prévoyait certes qu'on est responsable « du fait des choses que l'on a sous sa garde », mais cette expression ne visait qu'à introduire les deux cas particuliers envisagés aux articles 1385 et 1386¹⁴⁹⁷. De même la mention des « personnes dont on doit répondre » visait originellement à introduire les cas particuliers envisagés aux alinéas suivant de l'article 1384. Ces cas de responsabilité du fait d'autrui n'étaient d'ailleurs pas totalement distincts d'une responsabilité pour faute, constituant davantage des présomptions simples de faute¹⁴⁹⁸. Ainsi, si les parents répondent du dommage causé par leur enfant mineur, ils pouvaient originellement s'exonérer de leur responsabilité du fait de leur enfant par la preuve de l'absence de faute dans l'éducation ou la surveillance de celui-ci¹⁴⁹⁹. La même solution se retrouvait pour les artisans et leurs apprentis¹⁵⁰⁰ ainsi que les commettants, lesquels pouvaient s'exonérer de leur responsabilité en prouvant l'absence de faute dans l'encadrement ou

¹⁴⁹⁷ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 211 ; B. Fages, *Droit des obligations*, LGDJ, 2015, Paris, n° 400 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 974 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op.cit., n° 354 et s..

¹⁴⁹⁸ Ph. Brun, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., Grenoble, sous la dir. de N. Dejean de la Bâtie, soutenue en 1993, p. 177 et s..

¹⁴⁹⁹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 329 et s. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1035 et 1050 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op.cit., n° 416 et s. ; B. Fages, *Droit des obligations*, op. cit., n° 393.

¹⁵⁰⁰ Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, loc. cit. ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1058.

le choix de leurs préposés¹⁵⁰¹. Cette prédominance de la faute en matière de responsabilité civile n'a toutefois pas survécu aux évolutions sociales des XIX^{ème} et XX^{ème} siècles. Le recul de la faute, dans son acception originelle, s'est opéré de deux façons : par une objectivisation de la faute, vidée en certains cas de sa dimension morale et par un développement des responsabilités sans faute.

372. L'objectivisation de la responsabilité pour faute. Au sens juridique comme au sens courant il peut sembler qu'« à moins de jouer sur les mots et de dépouiller la notion de faute de tout contenu d'ordre psychologique, la faute civile comporte un élément moral »¹⁵⁰². Cet élément a pourtant connu un recul important dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle à travers ce qui a été qualifié d'objectivisation de la faute¹⁵⁰³. L'évolution la plus évidente a consisté à ce que la faute puisse être retenue contre une personne totalement privée de discernement¹⁵⁰⁴. C'est d'abord une intervention législative qui a conduit à permettre de retenir, à partir de 1968, la responsabilité civile d'un individu atteint d'un trouble mental¹⁵⁰⁵. Par la suite, la Cour de cassation a admis en 1984 que le très jeune enfant, incapable de comprendre la portée de ses actes, pouvait voir sa responsabilité civile engagée¹⁵⁰⁶. À ces évolutions extrêmement visibles, il convient sans doute d'ajouter un glissement plus discret de la responsabilité pour faute. La jurisprudence a ainsi parfois semblé réduire la faute à un simple fait dommageable¹⁵⁰⁷. Un exemple particulièrement marquant est fourni par un

¹⁵⁰¹ J. Julien, « Responsabilité du fait d'autrui », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2011 (actualisation mars 2018), n° 7. *Contra* : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 303 : « le commettant n'est pas autorisé à s'exonérer en rapportant la preuve de son absence de faute, notamment de choix ou de surveillance. Cette solution traditionnelle et constante n'a jamais permis de fonder la responsabilité du commettant sur une présomption de faute ».

¹⁵⁰² F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 950.

¹⁵⁰³ Voir déjà, à la fin de la première moitié du XX^{ème} siècle : P. Esmein, « La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1949.481, n° 6.

¹⁵⁰⁴ Sur cette question voir notamment : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 444 : Pour une critique de l'évolution concernant l'exigence de l'imputabilité de la faute : Ch. Radé, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999.313. *Contra* : H. Mazeaud, *Cours de doctorat*, 1940-1941, Paris, p. 57 : Selon l'auteur, la faute telle qu'entendue par les rédacteurs du Code civil était objective. Sur la défense de la faute objective par les frères MAZEAUD : G. Viney, « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA* 2006/174, p. 17 et s., spéc. I-B.

¹⁵⁰⁵ Loi n° 68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs, art. 1.

¹⁵⁰⁶ Ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.481 (Époux Derguini) et Ass. plén., 9 mai 1984, n° 80-93.031 (Lemaire) ; Concl. J. Cabannes, *D.* 1984.525 ; note P. Jourdain, *JCP* 1984, II 20256 ; note N. Dejean de la Bâtie, *JCP G* 1984, II 20255 ; note F. Chabas, *RTD civ.* 1984.508 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 139. Pour une lecture critique de ces solutions, voir : Y. Lambert-Faivre, « L'éthique de la responsabilité », art. préc..

¹⁵⁰⁷ J.-S. Borghetti, « Le parieur, le hors-jeu et la relativité de la faute civile », *D.* 2018.1794, n° 9. Ch. Atias, « Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? », *D.* 2010.2536 : L'histoire de cette escalade, ses difficultés, le temps, les circonstances, les qualités du grimpeur, tout est effacé, aboli ».

arrêt du 18 mai 2000¹⁵⁰⁸. Dans cette affaire, un homme, tombant des rochers qu'il escaladait, en a entraîné un autre dans sa chute. La Cour d'appel avait rejeté la demande d'indemnisation formée par le second protagoniste sur le terrain de la responsabilité pour faute au motif que celui-ci ne démontrait aucun comportement fautif commis par le premier grimpeur à l'occasion de sa chute. Cet arrêt est cassé au motif que « le fait de provoquer la chute d'un autre grimpeur constitue une faute ».

373. Le développement des cas de responsabilité sans faute. À cette désincarnation de la faute s'ajoute une évolution plus visible encore : la multiplication des régimes de responsabilité sans faute. Ainsi, la responsabilité du fait des choses, originellement limitée à des cas spécifiques, a connu une généralisation tout en se détachant de toute idée de présomption de faute, notamment à travers les arrêts Teffaine¹⁵⁰⁹ et Jand'heur¹⁵¹⁰. De même, la responsabilité du fait d'autrui, si elle correspondait originellement à une présomption de faute du civilement responsable, s'est, dans tous les cas, détachée d'une telle conception¹⁵¹¹. Il convient d'ajouter que ce mouvement jurisprudentiel bien connu s'est doublé d'une évolution législative. Ainsi, dans plusieurs domaines, le législateur a-t-il instauré des responsabilités de plein droit¹⁵¹². Tel est particulièrement le cas d'activités susceptibles de causer des dommages importants, comme par exemple certains modes de transports¹⁵¹³, ou encore la construction immobilière¹⁵¹⁴.

Cette évolution ne saurait être neutre quant aux fonctions de la responsabilité. Si l'on admet que seule une faute, et plus encore une faute subjective, est de nature à justifier l'application d'une peine, cette évolution de la responsabilité civile conduit

¹⁵⁰⁸ Civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, n° 98-12.802, « Le fait de provoquer la chute d'un autre grimpeur constitue une faute », *D.* 2000.166 ; Ph. Brun, « Responsabilité du fait personnel », art. préc., n° 96.

¹⁵⁰⁹ Civ., 18 juin 1896, note R. Saleilles, *D.* 1897.1.433.

¹⁵¹⁰ Chambres réunies, 13 févr. 1930, *DP* 1930.1.57, *S.* 1930. 1.121. Sur les incertitudes restantes à la suite de l'arrêt Jand'heur quant à la nature de la responsabilité du fait des choses, voir : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 983.

¹⁵¹¹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 368.

¹⁵¹² Pour une liste plus exhaustive, voir : G. Viney, *Introduction à la responsabilité, op. cit.*, n° 24.

¹⁵¹³ Outre la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, on peut par exemple mentionner la loi du 31 mai 1924 relative à la navigation aérienne, actuellement codifiée à l'article L. 6131-2 du Code des transports, qui prévoit que l'exploitant d'un aéronef répond de plein droit des dégâts causés au sol par celui-ci.

¹⁵¹⁴ Voir ainsi l'article 1792 du Code civil tel qu'il résulte de l'article 1 de la loi n° 78-12 du 4 janvier 1978 relative à la responsabilité et à l'assurance dans le domaine de la construction.

logiquement à conclure à un recul de la dimension répressive, et plus généralement normative¹⁵¹⁵, de cette responsabilité¹⁵¹⁶.

§II – Le déclin de la responsabilité civile individuelle.

374. Dans un travail de référence, Madame VINEY a étudié le phénomène ayant conduit, depuis l'adoption du Code civil, à collectiviser le poids de la responsabilité civile, et corrélativement à effacer la dimension individuelle de cette institution¹⁵¹⁷. La collectivisation de la prise en charge d'un dommage est susceptible d'intervenir à travers diverses institutions dont les logiques diffèrent parfois sensiblement. De la sécurité sociale aux assurances, en passant par les fonds de garantie et par l'écran que fournit la personnalité morale, les objectifs et les règles applicables varient. Considéré dans ses rapports avec la responsabilité civile, et plus spécifiquement avec le rôle normatif de celle-ci, l'élément de distinction le plus important entre ces différentes institutions est sans doute la logique présidant à l'attribution de la charge finale de la réparation¹⁵¹⁸. C'est ici l'assurance de responsabilité (A) et l'existence d'une personne morale (B) qui retiendront particulièrement l'attention. Ce choix se justifie dans la mesure où, dans ces deux hypothèses, les recours contre une personne physique à l'origine du dommage et identifiée apparaissent nettement moins systématiques qu'en matière de sécurité sociale ou de fonds de garantie¹⁵¹⁹.

A – L'assurance de responsabilité.

¹⁵¹⁵ Il a toutefois été soutenu que les cas de responsabilité objective constitueraient un outil de lutte contre les fautes lucratives : R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 593. Si on peut admettre que des présomptions de faute peuvent, en augmentant les risques de condamnation, lutter efficacement contre les fautes lucratives, une responsabilité objective semble en tout cas mal adaptée.

¹⁵¹⁶ Voir ainsi : P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, *op. cit.*, n° 110. L'auteur souligne que dès lors que la responsabilité devient objective, la condition d'imputabilité et les références à la volonté de l'auteur perdent « toute signification ». Par ailleurs, il considère qu'une peine doit être accompagnée d'une imputabilité large, à la fois « physique » et morale (*op. cit.*, n° 178).

¹⁵¹⁷ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*

¹⁵¹⁸ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, n° 53 et s..

¹⁵¹⁹ G. Viney, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », art. préc., p. 19 et 20 : « La collectivité est, dans la majorité des cas, autorisée, si elle établit une responsabilité à l'origine du dommage, à exercer un recours contre le responsable afin d'obtenir le remboursement des dépenses que lui a causées l'indemnisation du dommage. [...] On peut d'ailleurs constater que ces recours sont pratiqués quotidiennement ».

375. La prévalence accordée à la fonction indemnitare de la responsabilité civile a, peu à peu, conduit à un recul du rôle normatif de celle-ci. Tel est pleinement le cas au stade de l'obligation à la dette. En cas de pluralité de responsables, l'évolution est moins marquée au stade de la contribution à la dette. L'objectif indemnitare ayant déjà été rempli, les règles de la responsabilité civile peuvent plus facilement être orientées vers la répression des comportements¹⁵²⁰. Cet objectif se traduit de façon particulièrement nette dans l'interdiction pour le responsable pour faute d'exercer une action récursoire envers un coauteur non fautif¹⁵²¹, mais aussi dans les règles régissant l'étendue du recours entre coauteurs¹⁵²². Bien que ces dernières semblent parfois découler du rôle causal des différents faits générateurs, « entre coobligés fautifs, le partage se fait le plus souvent en fonction de la gravité respective des fautes en présence »¹⁵²³.

Alors que ces règles sont souvent évoquées comme une des manifestations les plus évidentes du rôle normatif de la responsabilité civile, cet aspect est pourtant fréquemment neutralisé, dès lors que la charge de la réparation n'est pas *in fine* supportée par celui qui a été déclaré responsable¹⁵²⁴. Cette difficulté ne se limite certes pas au domaine assurantiel. Toutefois, l'importance que connaît désormais l'assurance de responsabilité rend l'étude de ce mécanisme incontournable.

376. Le déclin de la dimension normative de la responsabilité civile auquel conduit l'assurance de responsabilité tient non seulement à la neutralisation des conséquences de la responsabilité pour le responsable à laquelle l'assurant conduit (1) mais aussi à l'inefficacité des mécanismes assurantiels de responsabilisation (2).

1 – La neutralisation des conséquences de la responsabilité.

¹⁵²⁰ S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 8.

¹⁵²¹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 547. Voir par exemple : Civ. 2^e, 5 juin 1991, n° 90-12.117 : « attendu que l'arrêt ayant retenu que M. Y... avait commis une faute et une action récursoire ne pouvant être fondée que sur la faute, le moyen qui se borne à invoquer contre les héritiers de Mlle X... une responsabilité fondée sur l'article 1384, alinéa 1er, est dès lors inopérant ».

¹⁵²² S. Carval, *La responsabilité dans sa fonction de peine privée*, *loc. cit.*

¹⁵²³ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 553. Sur l'évolution dans le projet de réforme du droit de la responsabilité, voir l'article 1265 du projet. Bien que l'article reprenne la référence à la gravité de la faute, il introduit également une référence au rôle causal si bien que l'articulation de ces deux facteurs peut sembler complexe.

¹⁵²⁴ G. Viney, « De la responsabilité personnelle à la répartition des risques », art. préc., p. 21.

377. L'admission de l'assurance de responsabilité. L'assurance de responsabilité a connu un développement tel qu'il semble aujourd'hui illusoire de vouloir appréhender la responsabilité civile sans tenir compte de ce phénomène¹⁵²⁵. Sa généralisation et son extension ont permis et accompagné l'objectivisation qu'a connue la responsabilité civile depuis la fin du XIX^{ème} siècle tout en la rendant possible¹⁵²⁶. La responsabilité civile se trouve de ce point de vue dans une situation radicalement distincte de celle de la responsabilité pénale¹⁵²⁷. Si la licéité de l'assurance de responsabilité a été dans le passé mise en doute au motif qu'elle constituerait « une incitation à l'incurie », elle fut finalement admise¹⁵²⁸ là où l'assurance de responsabilité pénale fait toujours l'objet d'une prohibition d'ordre public¹⁵²⁹.

378. Le développement de l'assurance de responsabilité civile. Pour que l'assurance de responsabilité civile s'oppose à l'échelle de la société au rôle normatif de la responsabilité civile, il ne suffit pas que cette assurance soit admise mais il faut encore qu'elle soit suffisamment répandue. Boris STARCK considérait ainsi dans sa thèse que si l'assurance de responsabilité des professionnels était sans doute de nature à faire obstacle à la fonction de peine privée de la responsabilité civile, tel n'était pas le cas de la responsabilité des simples particuliers, l'assurance n'étant, selon l'auteur « pas appelée à un grand développement »¹⁵³⁰ en ce domaine. L'évolution de la pratique assurantielle n'a toutefois pas donné raison au célèbre auteur, l'assurance responsabilité civile « vie privée » étant désormais extrêmement développée du fait de son inclusion systématique dans l'assurance multirisques habitation¹⁵³¹. À cela s'ajoute

¹⁵²⁵ M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, n° 96.

¹⁵²⁶ Voir par exemple : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 46 et s..

¹⁵²⁷ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 75.

¹⁵²⁸ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 9 ; C. Caillé, « Assurance de dommage », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2013 (actualisation févr. 2020), n° 2 ; B. Starck, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 482 et s.. L'admission de l'assurance de responsabilité fut progressive jusqu'à l'adoption de la loi du 13 juillet 1930 relative au contrat d'assurance, dont l'article 12 disposait « Les pertes et les dommages occasionnés par des cas fortuits ou causés par la faute de l'assuré sont à la charge de l'assuré sont à la charge de l'assureur sauf exclusion formelle et limitée contenue dans la police », seule restant prohibée l'assurance de la responsabilité découlant d'une faute intentionnelle.

¹⁵²⁹ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances*, *op. cit.*, n° 356 et 698 ; C. Caillé, « Assurance de dommage », art. préc., n° 201.

¹⁵³⁰ B. Starck, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 484.

¹⁵³¹ L. Grynbaum, « Assurances 2017-2018 », *L'Argus de l'assurance*, Lonrai, 2016, n° 3299 et 4111.

l'existence d'assurances de responsabilité obligatoires, que ce soit à titre particulier¹⁵³² ou professionnel¹⁵³³.

379. Les conséquences normatives de l'assurance de responsabilité civile.

L'admission et le développement de l'assurance de responsabilité ont produit des conséquences très importantes sur la responsabilité civile et notamment sur sa dimension normative. Au stade des conditions de la responsabilité, l'assurance de responsabilité serait en partie, sinon principalement¹⁵³⁴, responsable du déclin de la faute. Dans la mesure où l'assurance de responsabilité permet d'éviter que le civilement responsable ne supporte la charge finale de la responsabilité et conduit même à un effacement du civilement responsable derrière son assureur¹⁵³⁵, elle rend tolérable la désignation comme civilement responsable d'une personne dénuée de toute culpabilité. La dimension punitive de la responsabilité civile étant profondément liée à la place de la faute comme fait générateur, il semble dès lors difficilement contestable que l'assurance de responsabilité ait eu une influence majeure sur les fonctions de la responsabilité civile.

380. Les conséquences de l'assurance de responsabilité sur les aspects normatifs et punitifs de la responsabilité civile sont plus évidentes encore. Ayant pour objet même de reporter le poids de la réparation du civilement responsable vers l'assureur¹⁵³⁶, cette assurance conduit logiquement à supprimer, ou du moins limiter fortement, l'effet négatif de la responsabilité pour le responsable. Ce faisant le caractère dissuasif et éventuellement punitif de la responsabilité civile est diminué d'autant. Cette conséquence de l'assurance de responsabilité est particulièrement importante dans la mesure où, sauf faute intentionnelle, le juge ne peut refuser le jeu de cette assurance. Une telle impossibilité constitue sans doute le principal obstacle à l'efficacité des pratiques jurisprudentielles, tendant à accentuer l'aspect punitif de la

¹⁵³² Le titre I du livre II du Code des assurances traite en particulier de l'assurance des véhicules terrestre à moteur et de leurs remorques et semi-remorques. Sur les sanctions du défaut d'assurance obligatoire, voir notamment : J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.*, n° 268 et s..

¹⁵³³ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 19.

¹⁵³⁴ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 22 et s., spéc. n° 25.

¹⁵³⁵ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 26 et s.. L'assurance de responsabilité conduirait la société à se désintéresser du sort du responsable, laissant place à la seule prise en compte de l'intérêt de la victime : P. Jourdain, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, *op. cit.*, n° 55 et 108.

¹⁵³⁶ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 40.

responsabilité civile, celle-ci ne pesant plus *in fine* sur la personne devant être dissuadée ou réprimée.

2 – Des mécanismes de responsabilisation limités.

381. Les mécanismes existants visant à responsabiliser l'assuré apparaissent, à plusieurs égards, insuffisants (a), justifiant la proposition de solutions prospectives plus adaptées (b).

a – L'insuffisance des mécanismes existants.

382. Il serait erroné de considérer que le système assurantiel soit, en l'état actuel, dépourvu de tout mécanisme permettant une certaine moralisation des comportements¹⁵³⁷. La responsabilisation peut alors passer soit par la prestation de l'assuré, soit par celle de l'assureur. Pour autant, même en ignorant les limites inhérentes à la responsabilisation par l'assurance de responsabilité¹⁵³⁸, les techniques actuellement mises en œuvre semblent présenter certains défauts majeurs.

383. La prestation de l'assuré. La prestation de l'assuré, *i.e.* le versement des primes, peut être affectée par des clauses de réduction/majoration, encore appelées clauses bonus/malus. Ces clauses, développées initialement en matière d'assurance automobile¹⁵³⁹, ont pour objectif, par des récompenses ou des punitions¹⁵⁴⁰, d'inciter les assurés à adopter un comportement vertueux. Les limites de ce mécanisme sont toutefois multiples. Il lui est tout d'abord reproché d'opérer selon un fonctionnement injuste¹⁵⁴¹. En effet, la mise en œuvre du bonus/malus ne dépend pas directement du comportement de l'assuré, mais du fait de la survenance ou non d'un sinistre¹⁵⁴². S'il n'est pas totalement critiquable que la majoration ou la minoration des primes découle

¹⁵³⁷ Ph. Pierre, « Rapport introductif », in *La responsabilité pour faute*, RCA, 2003, chron. n° 14, n° 5.

¹⁵³⁸ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 210. L'auteur souligne que la technique suppose une prévisibilité importante de la sanction et surtout cette méthode de responsabilisation suppose un dommage et ne peut atteindre qu'un assuré.

¹⁵³⁹ L. Perdrix, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », art. préc., spéc. n° 50.

¹⁵⁴⁰ Pour une comparaison imagée : J. Bigot, « Assurance automobile : la carotte et le bâton », *JCP* 1983, I 3126.

¹⁵⁴¹ G. Maitre, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », *RGDA*, 2006 p. 35, n° 16 et s. ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 204.

¹⁵⁴² Par exemple, en matière d'assurance automobile, les articles 6 et 7 de l'annexe à l'article A. 121-1 du Code des assurances n'exemptent pas l'assuré de majoration des primes au seul motif qu'il n'a pas commis de faute. Voir : C. Caillé, « Assurance automobile », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2015 (actualisation févr. 2020), n° 99 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 204.

en partie de la seule survenance du dommage dans la mesure où elle procède d'un ajustement de la prime au risque couvert, l'insuffisance de la prise en compte de la gravité ou de la vertu du comportement de l'assuré semble en revanche injuste et nuit en tout cas à la dimension prophylactique du mécanisme¹⁵⁴³.

384. L'efficacité du mécanisme apparaît ainsi contestable. Outre les difficultés que soulèvent les situations dans lesquelles la prime n'est pas payée par l'assuré¹⁵⁴⁴, la pratique des assureurs serait souvent illisible pour l'assuré¹⁵⁴⁵. Même dans les cas où, parce que les clauses réduction/majoration sont règlementées¹⁵⁴⁶, le fonctionnement est plus prévisible, l'efficacité du mécanisme est incertaine. Il a ainsi été souligné¹⁵⁴⁷ qu'en matière d'assurance automobile, le nombre d'assurés bénéficiant de la réduction de 5% de bonus¹⁵⁴⁸ étant largement supérieur à ceux subissant l'augmentation de 25% de malus¹⁵⁴⁹. Du fait de la rigidité du mécanisme, les assureurs se sentent contraint de majorer l'ensemble des primes dues *ab initio*, privant ainsi les assurés vertueux du bénéfice de leur bonne conduite. Cet argument doit pourtant être relativisé. Si ce système peut sembler injuste¹⁵⁵⁰, il ne semble en revanche pas nuisible du point de vue prophylactique, les assurés ayant un intérêt évident à obtenir une réduction plutôt qu'une augmentation des primes, quand bien même le montant initial des primes était plus élevé que ce qu'il aurait dû être¹⁵⁵¹.

¹⁵⁴³ G. Maitre, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », art. préc., n° 17 et 18 ; L. Perdrix, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », art. préc., n° 51 ; C. Caillé, « Assurance automobile », art. préc., n° 101 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., op. cit., n° 505. Déjà en 1977, André TUNC écrivait : « [Le résultat de l'assurance de responsabilité en matière automobile] n'est pas moins en pratique, l'irresponsabilité civile des conducteurs de véhicules à moteur (*si l'on ne pousse pas la fiction jusqu'à considérer comme une responsabilité le fait de [...] subir une modeste augmentation de prime* [Nous soulignons]) ». Certes l'affirmation semble désormais excessive dans le champ des véhicules automobiles dans la mesure où la loi encadre l'augmentation de prime, mais elle demeure valable dans les domaines où cette augmentation n'est pas imposée.

¹⁵⁴⁴ M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, op. cit., n° 260.

¹⁵⁴⁵ M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, loc. cit.. On peut toutefois souligner que l'absence de prévisibilité n'est pas nécessairement un élément conduisant à l'absence d'effet dissuasif dans la mesure où l'assuré, ne sachant à quelle sanction il s'expose, pourra préférer s'abstenir. En revanche l'ignorance de la sanction constitue évidemment un facteur d'inefficacité.

¹⁵⁴⁶ Ainsi en matière d'assurance automobile, les clauses de réduction/majoration ont été rendues obligatoires pour une partie des véhicules en 1976 : C. Caillé, « Assurance automobile », art. préc., n° 97. Voir C. assur. art. A. 121-1.

¹⁵⁴⁷ G. Maitre, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », art. préc., n° 14.

¹⁵⁴⁸ Article 4 de l'annexe à l'article A. 121-1 du Code des assurances.

¹⁵⁴⁹ Article 5 de l'annexe à l'article A. 121-1 du Code des assurances.

¹⁵⁵⁰ De même que le fait que si le sinistre a été provoqué par une personne ayant été identifiée comme présentant un risque particulier, l'assuré risque de payer deux fois le risque particulier qu'il représente : G. Maitre, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », loc. cit..

¹⁵⁵¹ On peut même remarquer que plus le montant des primes est important plus obtenir une réduction de 5% se révèle intéressant et plus subir une augmentation de 25% peut être grave.

La situation dans laquelle l'assuré s'entend avec la victime pour l'indemniser afin de ne pas avoir à déclarer le sinistre et ne pas subir un malus¹⁵⁵² est plus complexe. En effet, si en ce cas le système de réduction/majoration ne pourra pas jouer, l'assuré devra assumer le poids du dommage qu'il a causé ce qui permet alors à la responsabilité civile de jouer plus efficacement son rôle normatif. Néanmoins, dans la mesure où cette pratique peut permettre à l'assuré de choisir la solution qui lui semble la moins onéreuse entre l'augmentation des primes et supporter le poids du dommage¹⁵⁵³, cette pratique semble contraire à l'efficacité des sanctions.

385. La prestation de l'assureur. L'assureur, dès la conclusion du contrat d'assurance, est soumis à une obligation dite de couverture, qui correspond à l'obligation de garantir le bénéficiaire contre un risque¹⁵⁵⁴. Cette obligation de couverture engendrera en cas de réalisation d'un sinistre une obligation de règlement. Le fait que l'assurance de responsabilité constitue une assurance indemnitaire¹⁵⁵⁵, c'est-à-dire qu'à la différence d'une assurance forfaitaire la prestation de l'assureur dépendra de l'importance du dommage, ne signifie pour autant pas que l'assureur devra toujours assumer l'entièreté du dommage. L'obligation de l'assureur peut être limitée par une clause établissant un plafond de garantie, créant une franchise ou instaurant un découvert obligatoire¹⁵⁵⁶.

386. Les découverts obligatoires. Les découverts obligatoires visent à responsabiliser l'assuré en lui faisant supporter une part du dommage. Elle peut correspondre à une somme fixe ou à une portion du dommage¹⁵⁵⁷. La spécificité du découvert obligatoire tient à ce que celui-ci ne peut faire l'objet d'une assurance complémentaire de sorte que l'assuré subisse nécessairement une partie des conséquences du dommage qu'il a causé afin de le responsabiliser¹⁵⁵⁸. Bien que la

¹⁵⁵² M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *loc. cit.* ; G. Maitre, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », art. préc., n° 15.

¹⁵⁵³ Sous réserve d'obtenir l'accord de la victime.

¹⁵⁵⁴ Sur l'obligation de règlement qui n'existe qu'en cas de survenance du sinistre, voir : J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.*, n° 1820 et s..

¹⁵⁵⁵ Ce qui résulte de l'article L. 121-1, al. 1^{er} du Code des assurances. Voir par exemple J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, *op. cit.*, n° 165.

¹⁵⁵⁶ L. Perdrix, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », art. préc., n° 47.

¹⁵⁵⁷ A. Astegiano-La Rizza, *Droit et pratique des baux commerciaux 2017-2018*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 2017, n° 121.114.

¹⁵⁵⁸ L. Perdrix, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », *loc. cit.* ; H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, M Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre*, Litec, Paris 2008, n° 1575 et s.

dimension normative du mécanisme soit manifeste, celui-ci n'est pourtant pas à l'abri de toute critique. Le principal reproche pouvant être adressé à l'encontre des découverts obligatoires est que ceux-ci opèrent indépendamment du comportement de l'assuré. L'assurance avec découvert obligatoire constitue bien, du point de vue normatif, une amélioration par rapport à l'assurance qui couvrirait l'intégralité de la responsabilité de l'assuré. Elle conduit cependant, en prenant en charge une part du dommage, à réduire l'effet normatif de la responsabilité civile, sans que cette réduction ne soit compensée par une prise en compte de la nocivité du comportement dans la détermination du découvert.

387. Les plafonds de responsabilité. Les plafonds de responsabilité ont pour objet de limiter l'indemnité d'assurance que l'assureur peut être tenu de verser, conduisant de ce fait à laisser à la charge de l'assuré toute indemnité supplémentaire. Un tel plafond, dont la raison d'être première est d'éviter aux assureurs d'assumer la totalité des conséquences d'un sinistre d'une ampleur particulièrement importante, peut sans doute produire un effet responsabilisant. Il apparaît toutefois limité de deux points de vue. D'une part, ce plafond ne dépend pas de la gravité du comportement de l'assuré¹⁵⁵⁹. D'autre part, à la différence des découverts obligatoires, les plafonds peuvent être levés au moyen d'une assurance complémentaire ce qui limite de façon évidente la dimension normative du mécanisme¹⁵⁶⁰.

388. Les franchises. Elles sont de deux ordres. Les franchises relatives correspondent à une clause excluant le jeu de l'assurance en-dessous d'un certain montant. En revanche une fois ce montant atteint, l'assurance joue pleinement. À l'inverse les franchises absolues sont déduites de l'indemnité quel que soit son montant¹⁵⁶¹. Pour les mêmes raisons que les plafonds de responsabilité¹⁵⁶², la dimension normative des franchises est limitée, celles-ci visant davantage à réduire le coût de l'assurance en évitant la prise en charge de sinistres d'un montant trop faible qu'à

¹⁵⁵⁹ L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 495.

¹⁵⁶⁰ L. Perdrix, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », *loc. cit.*

¹⁵⁶¹ A. Astegiano-La Rizza, *Droit et pratique des baux commerciaux*, *op. cit.*, n° 121.113.

¹⁵⁶² Voir sur les limites de l'effet responsabilisant des franchises : M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, art. préc., n° 235 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 496.

responsabiliser les assurés, ce qui est particulièrement visible concernant la franchise relative.

389. De ces développements, il ressort que l'assurance de responsabilité constitue un frein évident à la dimension normative de la responsabilité civile. Elle fait notamment perdre une grande part de leur efficacité aux pratiques officieuses par lesquelles le juge surestime le montant des dommages et intérêts en raison de la gravité de la faute. En effet, les juges du fond ne pouvant sans encourir la censure de la Cour de cassation révéler le caractère punitif de la mesure, la sanction prononcée demeure assurable. Cette assurabilité est d'ailleurs heureuse dans la mesure où la solution inverse risquerait de léser gravement les intérêts des victimes, l'indemnité proprement dite et la mesure répressive étant confondues. L'assurance de responsabilité n'est pourtant pas dépourvue de mécanismes permettant de responsabiliser l'assuré ou au moins de réduire la neutralisation de l'effet normatif de la responsabilité civile qu'opère l'assurance. Ces mécanismes semblent toutefois inappropriés à la poursuite d'un réel rôle normatif. Ce constat ne signifie pas pour autant qu'il soit impossible de concilier assurance et responsabilisation des comportements.

b – Des solutions prospectives adaptées.

390. L'idée de neutraliser au stade des recours de l'assureur contre l'assuré la déresponsabilisation que provoque la collectivisation de la responsabilité n'est pas nouvelle. Madame VINEY notamment évoquait dans sa thèse l'idée selon laquelle « ce recours [...] doit consacrer, dans le système proposé, le principe d'une responsabilité purement individuelle, uniquement axée sur une fonction répressive de sanction et de prévention des fautes dommageables »¹⁵⁶³. Cette idée est immédiatement séduisante. Elle ne répond certes pas à l'ensemble des difficultés que rencontre la responsabilité civile pour être un mécanisme normatif pleinement efficace, ne permettant notamment pas de dépasser le principe de la réparation intégrale. Elle semble en revanche constituer une réponse parfaitement adaptée à un des principaux éléments avancés pour expliquer le recul du rôle répressif et dissuasif de la responsabilité civile. Une telle évolution pose certes certaines difficultés. Celles-ci ne semblent toutefois pas

¹⁵⁶³ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, op. cit., n° 229.

insurmontables. Il semble nécessaire à cet égard d'évoquer le travail de Monsieur ROBINEAU. Proposant de construire un « système responsabilité », l'auteur, après avoir montré la compatibilité d'un recours subrogatoire à fin de responsabilisation avec le mécanisme de l'assurance de responsabilité¹⁵⁶⁴, propose de faire varier l'importance de ce recours en fonction de la gravité du comportement de l'assuré fautif¹⁵⁶⁵. Il est sans doute possible de nourrir certaines réserves à propos de cette proposition, notamment, et en dépit des arguments de l'auteur, concernant la compatibilité d'un tel système avec la logique assurantielle¹⁵⁶⁶. Il faut cependant reconnaître que sa consécration constituerait une réponse adéquate à une des principales oppositions que rencontre la dimension normative de la responsabilité civile.

B – La personnalité morale.

391. La responsabilité des personnes physiques et des personnes morales.

À la différence de leur responsabilité pénale¹⁵⁶⁷, la responsabilité civile des personnes morales est admise de longue date¹⁵⁶⁸. Dans la mesure où les personnes morales n'ont pas d'existence tangible, leur responsabilité pour faute ne saurait être engagée qu'en raison du comportement de personnes physiques qui les incarnent et les représentent¹⁵⁶⁹. Trois catégories de personnes peuvent être envisagées¹⁵⁷⁰ : les

¹⁵⁶⁴ M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, n° 467 et s.. Sur la réfutation des objections à la consécration d'un tel mécanisme, voir spécialement les numéros 498 et suivants.

¹⁵⁶⁵ M. Robineau, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, *op. cit.*, n° 516 et s..

¹⁵⁶⁶ Il devient en effet évident dans un tel système que l'assuré n'est plus le véritable bénéficiaire de l'assurance.

¹⁵⁶⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1169 et s. : En matière pénale, le fait que la personne physique ait agi en tant qu'organe ou représentant de la personne morale n'empêche pas que sa responsabilité pénale soit personnellement recherchée. Un assouplissement a toutefois été introduit à l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal à l'occasion de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. Ce texte dispose, en matière d'infraction non intentionnelle que « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Si la déresponsabilisation individuelle peut se produire en droit pénal, ce sera généralement en raison d'un élément moins juridique que factuel : le fait que les processus de décision se complexifient au point que l'identification d'un individu responsable devienne impossible. Voir par exemple : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 72.

¹⁵⁶⁸ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 853 et s.. Voir déjà : J. Guyénot, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées. Considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui*, LGDJ, Paris, 1959.

¹⁵⁶⁹ Du moins lorsque la responsabilité est engagée du fait d'un comportement ou d'une abstention. Dans le cas de la responsabilité du fait des choses des personnes morales, l'existence de circonstances normalement de nature à engager la responsabilité personnelle d'un agent ou d'un dirigeant de la personne morale n'est en revanche pas nécessaire. Voir par ailleurs, sur la responsabilité des associés : *infra* n° 425 et s..

¹⁵⁷⁰ G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, n° 29 et s.. Pour une critique de la distinction des règles régissant la responsabilité personnelle des dirigeants et des préposés voir : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, *op. cit.*, n° 2112.51

mandataires, pour lesquels l'existence d'une personne morale ne présente pas de réelle spécificité, les préposés¹⁵⁷¹, le fait que le commettant soit une personne morale ne présente là non plus pas de particularisme¹⁵⁷², et les dirigeants¹⁵⁷³. Dès lors que la responsabilité pour faute des personnes morales n'est engagée que par l'intermédiaire d'une personne physique, la responsabilité de celle-ci devrait pouvoir être recherchée en parallèle de celle de la société, la personne physique ayant par hypothèse commis une faute¹⁵⁷⁴. Si tel était bien classiquement le cas, les solutions retenues ont connu une évolution fin XX^{ème}, début XXI^{ème} siècle¹⁵⁷⁵.

392. L'immunité des dirigeants. Par principe, la faute du dirigeant engage la responsabilité de la personne morale¹⁵⁷⁶. Certains textes spéciaux prévoient cependant expressément la possibilité d'engager la responsabilité personnelle du dirigeant. Plus largement, la Cour de cassation admet que le dirigeant engage sa responsabilité vis-à-vis des tiers sur le fondement de l'article 1240, anciennement 1382, du Code civil¹⁵⁷⁷. De ce fait, la jurisprudence judiciaire permettait traditionnellement aux tiers¹⁵⁷⁸

¹⁵⁷¹ Cf *supra*, n° 224.

¹⁵⁷² G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 548.

¹⁵⁷³ Voir par exemple : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 197.

¹⁵⁷⁴ A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 42. Sur la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des associés et sur son admission ancienne vis-à-vis des tiers, voir : Ph. Didier, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. soc.* 2003.238.

¹⁵⁷⁵ Sur la spécificité de la responsabilité des dirigeants par rapport à celle des mandataires et des préposés, voir par exemple : G. Viney, *Le déclin de la responsabilité civile individuelle*, *op. cit.*, n° 129. Sur le cas spécifique ou la direction de la société est assurée par une autre société du groupe : cf *infra*, n° 428.

¹⁵⁷⁶ Cette question se distingue de celle de la responsabilité du dirigeant pour insuffisance d'actif. Sur cette question voir par exemple : Ph. Brun, Ph. Pierre, J. Labasse, « La responsabilité des dirigeants de sociétés en difficulté », étude 486 in *Le Lamy droit de la responsabilité*, Wolter Kluwer, coll. « Lamy expert », octobre 2016 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 47.

¹⁵⁷⁷ Sur l'articulation des textes relatifs à la responsabilité des dirigeants et des personnes morales : J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales ; précision sur les contours de la "faute séparable" », *Rev. soc.* 2003.479, n° 4 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 198 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 856. Cette responsabilité a été admise au-delà des textes spécifiques prévoyant la responsabilité du dirigeant, tels par exemple ceux disposant que la responsabilité de certains dirigeants peut être engagée en raison « des infractions aux dispositions législatives ou réglementaires applicables aux sociétés [concernées], soit des violations des statuts, soit des fautes commises dans leur gestion ». Pour les SARL : C. com., art. L. 223-22, al. 1^{er} (ancien art. 52 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales). Pour les SA : C. com., art. L. 225-251, al. 1^{er} et L. 225-256, al. 1^{er} (anciens 244 et 249 de la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales). Pour les sociétés civiles : C. civ., art. 1850, al. 1^{er}. Voir : F. Viterbo, « La faute de gestion », in « Réflexions croisées – La responsabilité des dirigeants – Questions d'actualité », *RLDA* 2006/10 ; Y. Guyon, M. Buchberger, « Fasc. 132-10 : Administration – Responsabilité civile des dirigeants », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2016 (actualisation juin 2017), n° 4 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 52 ; Y. Reinhard, B. Petit, « La responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.* 1992.282. Les auteurs évoquent notamment les difficultés à articuler les faits générateurs de responsabilité en procédure collective.

¹⁵⁷⁸ Contrairement à la responsabilité des dirigeants vis-à-vis des tiers, la responsabilité de celui-ci vis-à-vis de la société ou des associés ne présente pas de réelle spécificité et ne sera pas étudiée ici : Ph. Brun, Ph. Pierre, J. Labasse, « La responsabilité des dirigeants de sociétés *in bonis* », étude 483 in *Le Lamy droit de la responsabilité*, *op. cit.*, mai 2012, n° 483-9.

d'engager, outre la responsabilité de la personne morale, la responsabilité du dirigeant à l'origine de la faute¹⁵⁷⁹ et ce même si le dirigeant avait agi dans le cadre de ses fonctions¹⁵⁸⁰. Une telle solution pouvait pourtant sembler peu opportune. Celle-ci risquait en effet de faire peser sur les dirigeants une responsabilité extrêmement lourde, particulièrement en cas d'insolvabilité de la personne morale¹⁵⁸¹. Le poids de cette responsabilité pouvait sembler d'autant plus injuste que la complexité de gestion de certaines personnes morales rend difficile l'absence de toute faute même minime¹⁵⁸² et que le dirigeant, s'il ne constitue pas à proprement parler un mandataire¹⁵⁸³ aura agi pour le compte de la personne morale¹⁵⁸⁴.

393. Revenant sur sa solution traditionnelle, la jurisprudence a peu à peu consacré une immunité du dirigeant¹⁵⁸⁵. Limitant initialement la solution aux tiers par rapport à la société, la Cour de cassation a progressivement étendu le champ de l'immunité¹⁵⁸⁶ jusqu'à consacrer un principe général, parfois critiqué comme étant

¹⁵⁷⁹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 199. Pour des exemples de décisions de justice en ce sens voir : G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit.*, n° 28, note n° 18.

¹⁵⁸⁰ Com., 28 nov. 1961, R. Rodière, *JCP* 1962, II 12045.

¹⁵⁸¹ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 200. Le rapport de la Cour de cassation pour 1998 soulignait ainsi la nécessité de mettre « à l'abri le dirigeant d'actions en responsabilité abusives, qui ne sont bien souvent que le palliatif recherché à la défaillance de la société » (J.-P. Métivet, *Rapport 1998*, Cour de cassation, 1998, p. 111).

¹⁵⁸² J. Mestre, « Le dol commis par un dirigeant dans l'exécution d'un contrat de la société ne constitue pas lui-même une faute détachable de ses fonctions, susceptible de provoquer sa responsabilité personnelle », *RTD civ.* 1999.99. Selon l'auteur l'immunité reconnue au dirigeant s'explique, au moins en partie, par « la recherche d'un juste contrepois aux importants devoirs qui pèsent aujourd'hui sur les dirigeants tant dans la conduite de la société que dans la gestion de leurs affaires personnelles lorsque, du moins, celles-ci conservent un point de contact avec la société ». Sur la question de l'assurance des dirigeants : Y. Guyon, M. Buchberger, « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », art. préc., n° 8.

¹⁵⁸³ Sur l'impossibilité d'assimiler le dirigeant à un mandataire en matière de responsabilité civile : G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle, op. cit.*, n° 24. Adde : D. Gibrila, « La faute personnelle détachable des fonctions de gérant », *D.* 1998.605.

¹⁵⁸⁴ Nuançant ces arguments : F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », art. préc. ; M. Laugier, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? », *Bull. Joly soc.* 2003/12, p. 1231.

¹⁵⁸⁵ Voir par exemple : Com., 4 juin 1991, n° 89-16.847, Y. Chartier, « La responsabilité du gérant en cas de fait délictuel ou quasi délictuel imputable à une société », *Rev. soc.* 1992.55 ; J. Honorat, « Chronique de jurisprudence », *Defrénois*, 1992/13-14, p. 915 ; Com., 22 janv. 1991, n° 89-11.650 ; Com., 1^{er} févr. 1994, n° 92-11.171 (Concernant la faute personnelle d'un associé majoritaire), D. Gibrila, « Sociétés à responsabilité limitée – Indemnisation du préjudice résultant de la révocation fautive, sans juste motif et dans des conditions brusques et vexatoires d'un gérant de SARL », *JCP G* 1995, II 22432, spéc. n° 21 à 23. Pour une liste d'arrêt plus importante, voir : D. Gibrila, « Société à responsabilité limitée », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, Paris, 2019 (actualisation sept. 2019), n° 370 ; Y. Guyon, M. Buchberger, « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », art. préc., n° 49 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 200.

¹⁵⁸⁶ M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 200. La Cour de cassation a d'abord assoupli le domaine de l'immunité en exigeant, pour que la responsabilité du dirigeant soit engagée vis-à-vis d'une personne en relation contractuelle avec la société, que celui-ci ait commis « une faute extérieure à l'exécution du contrat ». Voir par exemple : Civ. 1^{re}, 31 mai 1978, n° 76-13.667.

*contra-legem*¹⁵⁸⁷, reposant sur le caractère détachable ou non de la faute¹⁵⁸⁸. Dès lors que les dirigeants échappent, sauf en cas de mise en jeu de certains mécanismes particuliers comme l'action en comblement de passif¹⁵⁸⁹, aux conséquences civiles des fautes commises dans le cadre de leurs fonctions, ces solutions s'opposent indéniablement aux dimensions dissuasives et répressives de la responsabilité civile. L'atteinte à la fonction normative de la responsabilité civile doit toutefois être relativisée du fait des contours de l'immunité reconnue au dirigeant¹⁵⁹⁰.

Il convient néanmoins dès à présent de souligner que la Chambre criminelle de la Cour de cassation a récemment semblé rejeter le principe même de l'immunité des dirigeants. Ainsi dans trois arrêts du 5 avril 2018¹⁵⁹¹, la chambre criminelle de la Cour de cassation, affirme que « le prévenu, devant répondre des infractions dont il s'est personnellement rendu coupable, quand bien même elles ont été commises dans le cadre de ses fonctions de dirigeant social et ne constituent que des contraventions, engage sa responsabilité civile à l'égard des tiers auxquels ces infractions ont porté préjudice ». Elle précise de plus que le moyen selon lequel la faute du dirigeant n'était pas séparable de ses fonctions est inopérant. Si certaines justifications ont été avancées pour expliquer cette divergence surprenante, notamment la volonté de « préserver la primauté du criminel sur le civil » ainsi qu'une volonté d'assurer une sanction, tant sur le plan civil que pénal, des auteurs d'infractions, celles-ci semblent néanmoins

¹⁵⁸⁷ Y. Guyon, M. Buchberger, « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », art. préc., n° 50 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, op. cit., n° 52 ; B. Le Bars, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2004 (actualisation janv. 2020), n° 56.

¹⁵⁸⁸ Com., 28 avr. 1998, n° 96-10.253, B. Petit, Y. Reinhard, « Dirigeant. Responsabilité personnelle à l'égard des tiers, nécessité d'une faute séparable des fonctions », *RTD com.* 1998.623 ; D. Ohl, « Sociétés à responsabilité limitée – Notion de faute séparable des fonctions justifiant la mise en cause personnelle d'un dirigeant par un tiers », *JCP G* 1998, II 10177 ; J. Mestre, « Le dol commis par un dirigeant dans l'exécution d'un contrat de la société ne constitue par lui-même une faute détachable de ses fonctions, susceptible de provoquer sa responsabilité personnelle », art. préc. ; B. Saintourens, « Responsabilité personnelle du dirigeant de société à l'égard des tiers : confirmation et interrogations jurisprudentielles », *Rev. soc.* 1998.767. Une « faute séparable » des fonctions de dirigeant avait déjà été érigée en condition de la responsabilité personnelle de ce dernier alors même que la société se trouvait dans une relation contractuelle avec la victime à l'occasion des faits litigieux : Com., 27 janv. 1998, n° 93-11.437, P. le Cannu, « Responsabilité des dirigeants de société envers les tiers : la “faute séparable des fonctions et imputable personnellement” », *Bull. Joly soc.* 1998/5, p. 535. Certains auteurs présentent cependant toujours de façon distinct les cas dans lesquels le tiers est ou non lié contractuellement à la personne morale : D. Gibirila, « Société à responsabilité limitée », *loc. cit.*

¹⁵⁸⁹ Cf *supra*, note n° 1576.

¹⁵⁹⁰ Aux limites « directes » à l'immunité du dirigeant on peut ajouter la possibilité offerte à la personne morale d'exercer un recours à l'encontre du dirigeant. Si ce recours semble partiellement tombé en désuétude et ne conduit donc pas à des problèmes pratiques importants, la logique voudrait néanmoins que celui-ci soit limité aux cas dans lesquels le dirigeant ne dispose pas d'une immunité à l'encontre des tiers victimes : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, op. cit., n° 2112.43.

¹⁵⁹¹ Crim., 5 avr. 2018, n° 16-83.984, n° 16-83.961 et 16-87.669, M. Bacache, « Responsabilité civile », *JCP G* 2018, I 1192, n° 2 ; R. Salomon, « Faute détachable du dirigeant social : maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle », *D.* 2018.1128 ; P. Jourdain, « Responsabilité du dirigeant social : la chambre criminelle n'exige pas l'existence d'une faute détachable de ses fonctions sociales », *RTD civ.* 2018.667.

insuffisantes, dès lors notamment que dans l'une des affaires, le dirigeant avait été relaxé¹⁵⁹².

394. Les contours de l'immunité. De même que l'immunité conférée aux préposés ne protège pas ceux-ci quel que soit leur comportement, les dirigeants ne sont pas en toutes circonstances à l'abri d'une action en responsabilité. Concernant les dirigeants, ceux-ci ne sont immunisés que dans la mesure où ils n'ont pas commis une faute détachable de leurs fonctions, et seulement vis-à-vis des tiers¹⁵⁹³.

395. Une immunité originellement extensive. La jurisprudence s'est d'abord montrée extrêmement imprécise et restrictive concernant les contours de la faute détachable¹⁵⁹⁴. La Cour de cassation a ainsi considéré que n'avait pas commis une faute séparable engageant sa responsabilité personnelle le dirigeant d'une société de plomberie ayant intentionnellement réalisé de fausses attestations concernant la propriété de chaudières, lesquelles étaient pourtant l'objet d'une clause de réserve de propriété, dans le but d'obtenir un paiement de la part du maître de l'ouvrage¹⁵⁹⁵. Elle a également censuré une cour d'appel ayant condamné personnellement le gérant d'une SCI ayant irrégulièrement réalisé des travaux dans les parties communes d'une copropriété¹⁵⁹⁶ de même qu'une cour d'appel ayant condamné le gérant d'une société à responsabilité limitée ayant refusé de payer une livraison de pétrole prétendument non-conforme et fait déverser le pétrole en question dans les cuves d'une propriété en démolition sans laisser au distributeur la possibilité de le récupérer¹⁵⁹⁷. De telles solutions pouvaient cependant sembler critiquables, risquant d'aboutir à une déresponsabilisation trop importante des dirigeants¹⁵⁹⁸.

¹⁵⁹² P. Jourdain, « Responsabilité du dirigeant social : la chambre criminelle n'exige pas l'existence d'une faute détachable de ses fonctions sociales », art. préc..

¹⁵⁹³ Y. Guyon, M. Buchberger, « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », art. préc., n° 57.

¹⁵⁹⁴ Un auteur a ainsi pu parler de « l'introuvable faute séparable du dirigeant » : D. Ohl, « Sociétés à responsabilité limitée – Notion de faute séparable des fonctions justifiant la mise en cause personnelle d'un dirigeant par un tiers », art. préc.. Voir également : M. Laugier, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? », art. préc..

¹⁵⁹⁵ Com., 28 avr. 1998, préc..

¹⁵⁹⁶ Civ. 3^{ème}, 17 mars 1999, n° 97-19.293, Ph. Delbecque, « Le dirigeant d'une SCI n'est personnellement responsable que s'il commet une faute séparable de ses fonctions », *D.* 1999.264.

¹⁵⁹⁷ Com., 27 janv. 1998, préc..

¹⁵⁹⁸ A. Lienhard, « Responsabilité des dirigeants : la Chambre commerciale définit la faute séparable des fonctions », *D.* 2003.1502. V. Wester-Ouisse, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », *D. aff.* 1999.782. F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », art. préc.. L'importance de cette déresponsabilisation était d'autant plus problématique lorsque, la personne morale étant insolvable, la protection du dirigeant pouvait l'inciter à agir en méconnaissant

396. La précision des contours de l'immunité. Face à la notion originellement trop restrictive et imprécise de faute séparable, la doctrine a proposé des définitions de cette faute de nature à en préciser et en étendre la portée¹⁵⁹⁹. Deux acceptions de la faute séparable ont principalement été envisagées¹⁶⁰⁰. L'expression « faute détachable » ou « faute séparable » des fonctions invite *a priori* à retenir une conception « objective », laquelle correspond aux cas dans lesquels la faute aurait été réalisée en poursuivant un objectif personnel, incompatible avec l'intérêt de la personne morale représentée. Une partie de la doctrine a pourtant soutenu l'intérêt de retenir une conception « subjective »¹⁶⁰¹ de la faute détachable, celle-ci correspondant alors à une faute d'une gravité telle que le dirigeant ne saurait être absous du seul fait qu'il a agi dans l'intérêt de la personne morale qu'il représente¹⁶⁰². C'est à cette seconde solution qu'a fini par se rallier, dans un arrêt du 20 mars 2003, la chambre commerciale de la Cour de cassation, celle-ci rappelant que le dirigeant n'engage sa responsabilité qu'en raison d'une faute séparable de ses fonctions, mais précisant « qu'il en est ainsi lorsque le dirigeant commet intentionnellement une faute d'une particulière gravité incompatible avec l'exercice normal des fonctions sociales »¹⁶⁰³.

volontairement les intérêts des tiers : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 204 ; P. Le Cannu, « Responsabilité des dirigeants de société envers les tiers : la "faute séparable des fonctions et imputable personnellement" », art. préc., n° 3 : « La société étant en liquidation judiciaire, la solution a pour effet de rendre le dommage irréparable, alors même qu'il a été causé directement par une faute caractérisée du gérant. Dire que cette faute a été commise au nom et pour le compte d'une personne morale revient à stimuler les comportements irresponsables des dirigeants de société ». L'auteur précise cependant : « sans doute, la grande majorité d'entre eux n'ont-ils pas en tête les subtilités de la jurisprudence au moment de leur passage à l'acte ? De plus, si la société est en liquidation, les organes de la procédure collective disposent d'une action plus efficace qui aboutit à indemniser les tiers de toutes les fautes de gestion qui ont contribué à l'insuffisance d'actif, sans distinguer si ces fautes sont séparables des fonctions et personnellement imputables à l'intéressé ou non. Encore faut-il que cette action soit exercée ! Or, il ne revient pas à la victime elle-même de le faire (v. L. 1985, art. 183) ».

¹⁵⁹⁹ J.-F. Barbiéri, « La responsabilité personnelle à la dérive », in *Aspects actuels du droit des affaires, mélanges en l'honneur de Y. Guyon*, Dalloz, Paris, p. 41 ; V. Wester-Ouisse, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », art. préc. ; M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, LexisNexis, Paris, 31^e éd., 2018, n° 408 et s..

¹⁶⁰⁰ Voir par exemple : J.-P. Métivet, *Rapport 1998, loc. cit.*. Une troisième conception possible serait celle d'une « faute qui serait séparable par nature des fonctions du dirigeant, indépendamment donc de sa gravité, parce qu'elle aura été commise par lui sans pouvoir ou au-delà des pouvoirs dont il est légalement ou statutairement investi » : H. le Nabasque, « Enfin une définition de la faute détachable », *Bull. Joly soc.* 2003/7, p. 786.

¹⁶⁰¹ Certains auteurs ont néanmoins qualifié ce système de « mi-subjectif, mi-objectif » : H. le Nabasque, « Enfin une définition de la faute détachable », art. préc..

¹⁶⁰² Voir par exemple V. Wester-Ouisse, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », art. préc. ; G. Auzero, « L'application de la faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. aff.* 1998.502.

¹⁶⁰³ Com., 20 mai 2003, n° 99-17.092 ; A. Lienhard, « Responsabilité des dirigeants : la Chambre commerciale définit la faute séparable des fonctions », art. préc. ; B. Dondero, « Définition de la faute détachable des fonctions du dirigeant social », *D.* 2003.2623 ; P. Jourdain, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : la chambre commerciale précise ce que peut être la faute "séparable des fonctions" », *RTD civ.* 2003.509 ; G. Viney, « Responsabilité civile », *JCP G* 2004, I 101, n° 38 ; S. Reifegerste, « Sociétés commerciales (en général) – Critères de la faute séparable des fonctions déterminant la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à

397. Des incertitudes. Si cette définition, reprise depuis¹⁶⁰⁴, constitue une amélioration par rapport à l'absence antérieure de prévision qui conduisait à faire de la faute séparable un « critère vide »¹⁶⁰⁵, elle laisse subsister plusieurs incertitudes. La première tient à la portée de la définition proposée par la Cour de cassation. L'expression « il en est ainsi » suggère en effet que la Cour de cassation a moins livré, dans l'arrêt du 20 mars 2003, une définition générale de la faute détachable que celle d'une des formes particulières que peut prendre cette faute¹⁶⁰⁶, ce qui n'empêcherait pas de qualifier de faute détachable d'autres fautes, notamment celles réalisées en poursuivant un intérêt personnel¹⁶⁰⁷. La seconde tient à la notion de faute intentionnelle d'une particulière gravité. Cette expression peut sembler obscure dans la mesure où, au sein des fautes qualifiées, la faute intentionnelle est généralement considérée comme la plus grave. De ce fait la faute intentionnelle est normalement toujours d'une particulière gravité rendant l'expression apparemment redondante¹⁶⁰⁸, si bien que certains auteurs se sont interrogés sur la possibilité d'une « faute intentionnelle vénielle »¹⁶⁰⁹. En réalité, il semble que le caractère intentionnel concerne dans ce contexte moins la faute que le comportement¹⁶¹⁰, si bien que des fautes non dolosives peuvent également être qualifiées de détachables.

l'égard des tiers », *JCP G* 2003, II 10178 ; J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker, « Sociétés (en général) – Droit des sociétés », *JCP E* 2003, 1203, n° 4 ; J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales ; précision sur les contours de la “faute séparable” », art. préc. ; H. le Nabasque, « Enfin une définition de la faute détachable », art. préc. ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 205.

¹⁶⁰⁴ Par exemple : Com., 7 juill. 2004, n° 02-17.729, H. le Nabasque, « Responsabilité du dirigeant pour faute détachable en droit des marques », *Bull. Joly soc.* 2004/12 ; Com., 10 févr. 2009, n° 07-20.445, B. Dondero, « La définition de la faute détachable des fonctions du dirigeant social précisée par la Cour de cassation », *JCP E* 2009, 1602.

¹⁶⁰⁵ J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales ; précision sur les contours de la “faute séparable” », art. préc., n° 6. Dans le même sens : Y. Guyon, M. Buchberger, « Administration – Responsabilité civile des dirigeants », art. préc., n° 51.

¹⁶⁰⁶ : H. le Nabasque, « Enfin une définition de la faute détachable », art. préc. ; P. Jourdain, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : la chambre commerciale précise ce que peut être la faute “séparable des fonctions” », art. préc. ; G. Viney, « Responsabilité civile », *JCP G* 2004, I 101 ; J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales ; précision sur les contours de la “faute séparable” », art. préc., n° 8.

¹⁶⁰⁷ D. Gibirila, « Société à responsabilité limitée », art. préc., n° 367. Certaines décisions peuvent d'ailleurs sembler en ce sens. Ainsi dans une décision du 10 novembre 2015 (Com., 10 nov. 2015, n° 14-18.179 ; S. Messaï-Bahri, « Faute séparable des fonctions du dirigeant et nullité de la société pour objet illicite », *Bull. Joly soc.* 2016/1, p. 28) a approuvé une cour d'appel ayant retenue la responsabilité personnelle d'un dirigeant ayant « nécessairement agi dans un but d'enrichissement personnel et a ainsi commis, à l'égard de la société [...], une faute intentionnelle d'une particulière gravité, séparable de ses fonctions de gérant ». La Cour de cassation ne fait certes que reprendre l'analyse de la cour d'appel mais une telle approche semble réunir les différentes conceptions possibles de la faute détachable.

¹⁶⁰⁸ P. Jourdain, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : la chambre commerciale précise ce que peut être la faute “séparable des fonctions” », art. préc..

¹⁶⁰⁹ J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales ; précision sur les contours de la “faute séparable” », art. préc., n° 9.

¹⁶¹⁰ P. Jourdain, « Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : la chambre commerciale précise ce que peut être la faute “séparable des fonctions” », art. préc..

398. Un déclin normatif limité. Il est certain que l'immunité des dirigeants conduit à réduire l'effet dissuasif et le poids qu'exerce sur eux la responsabilité civile. Tel était d'ailleurs l'effet recherché en consacrant une telle immunité. Il résulte néanmoins de l'évolution de la portée de cette immunité que les fonctions dissuasive et punitive de la responsabilité civile sont tout de même ménagées¹⁶¹¹.

D'une part, l'impunité du dirigeant ne semble pas assurée même en l'absence de faute séparable. La société pouvant engager la responsabilité du dirigeant sans avoir à prouver une faute séparable¹⁶¹², elle pourra théoriquement se retourner contre le dirigeant en engageant sa responsabilité, dès lors que celui-ci a commis une faute de gestion¹⁶¹³, violé la loi, ou les statuts. Une telle action aura notamment lieu à l'occasion d'une succession de dirigeants à la tête de l'entreprise ou par le biais de l'exercice *ut singuli* de l'action en responsabilité par un des associés¹⁶¹⁴. En effet, l'exigence d'une faute détachable ne se retrouve pas dans les rapports entre le dirigeant et la société ou les associés¹⁶¹⁵. On peut néanmoins se demander si la logique de l'immunité conférée au dirigeant ne devrait pas conduire à restreindre une telle action aux conditions dans lesquelles un tiers peut engager la responsabilité du dirigeant¹⁶¹⁶. Enfin, le cas échéant, la responsabilité du dirigeant pourra être engagée pour insuffisance d'actif¹⁶¹⁷.

D'autre part, le fait qu'au moins une des façons de caractériser la faute détachable tienne à la gravité du comportement, indépendamment des liens que pourrait présenter celui-ci avec les fonctions du dirigeant¹⁶¹⁸, semble de nature à limiter la déresponsabilisation des dirigeants qu'opère l'immunité qui leur est conférée. À cela s'ajoute que l'exception à l'immunité des dirigeants semble plus largement admise que l'exclusion de l'assurance de responsabilité. Cette différence semble au demeurant logique. Alors que l'immunité du dirigeant nuit aux intérêts des victimes, l'assurance

¹⁶¹¹ Certains auteurs soulignent à l'inverse que le domaine spécifique de responsabilité du dirigeant tend à son égard à faire primer la dimension normative du mécanisme sur sa dimension indemnitaire : Ph. Didier, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », art. préc..

¹⁶¹² Civ. 1^{re}, 15 mai 2007, n° 06-12.317 : « Attendu que pour rejeter l'action en responsabilité engagée par la société Spal contre M. Y... l'arrêt attaqué retient qu'il n'est pas démontré de faute de celui-ci qui soit détachable de ses fonctions de gérant et qui lui soit personnellement imputable ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors que ces conditions ne sont exigées que pour la responsabilité du gérant envers les tiers, la cour d'appel a violé le texte susvisé ».

¹⁶¹³ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 411.

¹⁶¹⁴ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 432.

¹⁶¹⁵ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 430.

¹⁶¹⁶ Voir pour une proposition : C. Mangematin, *La faute de fonction en droit privé*, op. cit., n° 745 in fine.

¹⁶¹⁷ Voir sur cette question : C. com., art. L. 651-2. D. Demeyer « Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *GP* 2013/96. Cf *supra*, notes n° 1576 et 1598.

¹⁶¹⁸ J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales et de leurs dirigeants : précisions sur les contours de la "faute séparable" », loc. cit. ; B. Le Bars, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », art. préc., n° 58.

du responsable augmente leurs chances d'indemnisation, justifiant que les exceptions à l'assurabilité des fautes soient comprises restrictivement. *In fine* la question de la responsabilité des dirigeants se rapproche fortement sur ce point de celle des préposés. Plus que de nuire à l'effet normatif de la responsabilité civile, elle met en lumière que celle-ci joue parfois avant tout en vue de réprimer certains comportements¹⁶¹⁹.

*

* *

399. Conclusion. Les développements qui précèdent font ressortir certaines difficultés de nature à limiter l'efficacité normative de la responsabilité civile. Poursuivant avant tout une fonction indemnitaire, tant les conditions que les effets de la responsabilité civile peuvent se révéler être des freins à son effet normatif. Dans les hypothèses mêmes où la responsabilité pourrait jouer un rôle dissuasif et punitif, le fait que la charge finale de la responsabilité civile ne sera pas toujours supportée par le responsable, par la personne en mesure d'éviter la commission d'une faute, risque de neutraliser cette fonction.

Les inconvénients à laisser le droit pénal *stricto sensu* assurer la dissuasion et la répression de tous les comportements antisociaux ont cependant été démontrés¹⁶²⁰. Ces insuffisances doivent-elles pour autant conduire à développer les mécanismes civils de répression ? La voie civile n'est certes pas la seule alternative au droit pénal, la régulation administrative ayant connu depuis la fin du XX^{ème} siècle un développement très important. Néanmoins ce mode de régulation des comportements connaît également des limites, ne serait-ce que parce qu'il semble impossible, et peu souhaitable, d'instaurer des autorités administratives pour régir chacun des aspects de la vie sociale. De plus, quand bien même les administrations auxquelles sont confiés des pouvoirs répressifs tendent à présenter des garanties similaires à celles des juridictions, la transposition n'est qu'imparfaite et assez disparate selon les autorités

¹⁶¹⁹ Cf *supra*, n° 226. A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 43 : « La jurisprudence sur la faute séparable des fonctions [...] confirme l'importance de la faute pour la détermination du régime applicable. [...] En raison notamment de ce rôle, la faute est l'élément central des régimes étudiés, par opposition au droit commun où cet élément a tendance à s'effacer ». Sur l'aspect répressif du recours de la société contre son dirigeant : G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, n° 129.

¹⁶²⁰ G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 39 et s., spéc. n° 41.

administratives¹⁶²¹. Enfin, même si la répression administrative se révèle sensiblement plus souple que la répression pénale, elle ne présente pas la généralité ni l'adaptabilité que présente la responsabilité civile. Ce dernier aspect n'est toutefois pas propre à la répression administrative et des mécanismes trop marqués d'un point de vue punitif, seraient-ils qualifiés de civils, rencontreraient la même limite.

Chapitre II – Des alternatives limitées.

400. Les modalités les plus classiques de régulation des comportements, les responsabilités civile et pénale, présentent en l'état actuel certaines insuffisances. Si ces insuffisances dans la régulation des comportements appellent sans doute une évolution des mécanismes susceptibles de sanctionner les attitudes blâmables, on peut s'interroger sur la forme que doit prendre cette évolution. L'introduction des sanctions pécuniaires civiles sous leur forme la plus marquée – dommages et intérêts punitifs ou amendes civiles – constitue une réponse extrêmement énergique à cette difficulté, ce qui peut expliquer l'intérêt qu'a suscité cette option. L'étude du caractère de ces sanctions ainsi que les éléments identifiés au titre des insuffisances des sanctions existantes conduit toutefois à s'interroger sur l'adéquation entre les difficultés identifiées et les améliorations que l'introduction ou la multiplication de tels mécanismes sont susceptibles de réaliser. La proximité de telles sanctions pécuniaires civiles avec les peines *stricto sensu* conduit indéniablement à ce qu'une partie des difficultés identifiées relativement à l'application du droit pénal leur soit transposable. Un second élément, qui n'est pas sans lien avec le premier, tient au caractère extrêmement artificiel du rattachement de ces mécanismes à la responsabilité civile. Cette artificialité a pour conséquence que ceux-ci ne présentent dans une large mesure pas les avantages généralement attribués à celle-ci sur le plan normatif, notamment en ce qui concerne la souplesse de la répression.

¹⁶²¹ Par ailleurs, lorsque le mode de fonctionnement de l'administration dans sa mission répressive devient trop semblable à celui d'une juridiction, on peut se demander en quoi la répression est encore véritablement administrative : cf *supra*, n° 90 et s..

401. Ces éléments conduisent à s’interroger à double titre. D'une part, sur la pertinence des sanctions pécuniaires (Section I), notamment par rapport à une réponse plus originale et plus souple aux comportements socialement indésirables. D’autre part, sur l’intérêt d’une évolution plus mesurée. Cette évolution concerne certains aspects de la répression pénale. C’est toutefois principalement la responsabilité civile qui semble susceptible d’aménagements qui, sans constituer une rupture brutale dans la cohérence de celle-ci, permettraient de remédier à certains éléments nuisant à son efficacité normative. Ceux-ci se révèlent pourtant, à l’étude, insuffisants pour répondre à l’ensemble des difficultés que rencontre la responsabilité civile dans la dissuasion et la répression des comportements (Section II).

Section I – La pertinence des sanctions pécuniaires.

402. La pertinence des sanctions pécuniaires peut s’apprécier tant positivement que négativement. Positivement, il s’agit alors d’étudier les éléments conduisant à conférer aux sanctions pécuniaires leur intérêt (§I). Négativement, il s’agit d’étudier les limites des sanctions non-pécuniaires (§II) les empêchant de constituer en toute situation une alternative aux sanctions pécuniaires.

§I – L’intérêt des sanctions pécuniaires.

403. L’intérêt des sanctions pécuniaires tient non seulement aux multiples avantages que présentent ces sanctions (A) mais aussi aux faiblesses de leurs limites (B).

A – Une catégorie de sanction aux multiples avantages.

404. Les avantages des sanctions pécuniaires apparaissent tant du point de vue de celui qui prévoit la sanction que des parties concernées par la sanction. Du point de vue de celui qui édicte la sanction, la généralité des sanctions pécuniaires (1) en fait un instrument extrêmement souple pour dissuader et au besoin réprimer les violations de

règles de droit. À cela s'ajoutent de nombreux intérêts des sanctions pécuniaires pour les parties au rapport de sanction (2).

1 – La généralité des sanctions pécuniaires.

405. L'élément principal conduisant à faire de la sanction pécuniaire une sanction générale est sa neutralité par rapport à la norme sanctionnée (a). Il ne faut pas, pour autant, négliger la multiplicité des personnes pouvant être impliquées dans le processus de sanction (b).

a – La neutralité de la sanction par rapport à la norme sanctionnée.

406. Les rapports entre norme primaire et sanction. Que l'on retienne une définition large de la sanction comme « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique »¹⁶²² ; ou ainsi que cela a été fait au sein de cette étude, une définition restrictive, la sanction, de façon générale et nécessaire, entretient une relation d'ordre causal avec la norme sanctionnée¹⁶²³. Le lien entre la norme et sa sanction ne s'arrête pas nécessairement à cet aspect évident. Entre les deux peut également exister, quoi que de façon non nécessaire, un lien technique plus marqué¹⁶²⁴. En d'autres termes, la nature de la sanction dépendra dans bien des cas des caractéristiques de la norme sanctionnée¹⁶²⁵. C'est ainsi qu'une des sanctions d'un défaut dans les conditions de validité d'un acte est logiquement la nullité, qui consiste à considérer que l'acte n'a jamais existé. D'une façon similaire, le pouvoir de mainmise sur la chose qu'implique le droit de propriété appelle naturellement une sanction en nature¹⁶²⁶.

¹⁶²² C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », art. préc., n° 13.

¹⁶²³ Pour une autre présentation du rapport entre norme et sanction : C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 384, 385. Voir également n° 426 : « nous avons soutenu que la source de la sanction ne résidait pas dans la norme violée mais dans son interprétation juridique, qu'elle soit judiciaire, administrative ou autre ».

¹⁶²⁴ C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », art. préc., n° 21.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, n°20.

¹⁶²⁶ Th. Génicon, « Les sanctions en droit des biens, Le règle de la sanction en nature », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, op. cit., p. 205 et s., n° 4 ; M. Lévis, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, Coll. « Droit Civil », Paris, 1989, n° 12. Pour l'auteur, la sanction en nature est l'instrument de l'opposabilité du droit réel.

407. La sanction pécuniaire présente de ce point de vue une spécificité indéniable. Celle-ci tient largement à l'objet même de cette sanction, nécessairement prononcée et exécutée en unités monétaires. Lorsqu'elle est considérée sous le seul angle des sanctions pécuniaires, il n'est pas nécessaire de se pencher sur certains aspects par ailleurs incontournables de l'analyse juridique de la monnaie, telle la distinction généralement retenue entre unité de valeur et unité de paiement¹⁶²⁷, la question de l'appropriation de la monnaie¹⁶²⁸ ou celle de l'influence du support sur la nature de la monnaie¹⁶²⁹. Néanmoins, la prise en compte de certaines des caractéristiques de la monnaie est nécessaire à la présentation des spécificités des sanctions étudiées.

408. **Le rôle d'équivalent de l'argent.** Le Doyen CARBONNIER affirmait que l'essence de la monnaie était d'être un « pouvoir d'achat indifférencié »¹⁶³⁰. De cette indifférenciation, il déduisait alors la neutralité de la monnaie, du point de vue de la licéité et de la moralité, la liquidité nécessaire de celle-ci et surtout, « la fongibilité absolue, qui la rend apte, au moins par le jeu des dommages-intérêts, à remplacer toutes choses dans les paiements »¹⁶³¹. Si le terme « fongibilité » n'est pas utilisé ici dans un sens technique¹⁶³², il n'en demeure pas moins que l'argent a une vocation d'équivalent universel¹⁶³³. Certes, l'argent ne permet pas de tout obtenir¹⁶³⁴, mais le qualificatif

¹⁶²⁷ Cf *supra*, note n° 46.

¹⁶²⁸ Cf *supra*, note n° 45.

¹⁶²⁹ Dans le sens d'une admission de la nature monétaire de la monnaie scripturale : R. Libchaber, *Recherches sur la monnaie en droit privé*, *op. cit.*, n° 206 et s., spéc., n° 211 ; Th. Le Gueut, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, *op. cit.*, n° 135 et s., spéc. n° 160 et n° 190 et s. ; F. Lemaître, *La monnaie comme objet de sûretés*, *op. cit.*, n° 17 et s., spéc. n° 49 ; A. Touzain, *La consignation*, *loc. cit.* *Contra* : F. Grua, « Le dépôt de monnaie en banque », art. préc. : « Si les analyses qui précèdent sont exactes, le dépôt de monnaie en banque est le contrat le plus simple de tout le droit des obligations. Sa seule finalité, son unique effet, est la naissance d'une créance monétaire. Cette créance permet de déplacer de la monnaie, mais elle ne se métamorphose pas elle-même en monnaie. Créance elle est, créance elle reste ». Pour une position intermédiaire : S. Torck, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de H. Synvet, soutenue le 15 déc. 2001, n° 685.

¹⁶³⁰ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, *op. cit.*, n° 675.

¹⁶³¹ *Ibid.*

¹⁶³² P.-G. Marly, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur la qualification juridique des biens*, *op. cit.*, n° 171 : d'une part la capacité de la monnaie à remplacer toute chose ne se concevrait en réalité que dans son rôle d'instrument d'évaluation, ce que traduit notamment le fait que si la monnaie peut ultimement remplacer toute chose, toute chose ne peut remplacer la monnaie (voir également : R. Libchaber, *op. cit.*, n° 135). D'autre part, si la monnaie permet d'acquérir toutes sortes de bien cela n'a pas pour conséquence de la rendre fongible avec eux.

¹⁶³³ À tel point que selon certains auteurs, ce rôle d'équivalent aurait été acquis en permettant la mise en relation la plus difficile qui soit, celle de la personne et de la chose : Th. Revet, *L'argent et la personne*, art. *cit.*, n° 1.

¹⁶³⁴ Soit que cette chose se révèle matériellement impossible, telle l'obtention d'une chose qui n'existe pas et ne peut être fabriquée, la rémission d'un état incurable ou plus catégoriquement encore d'échapper à la mort, soit de façon plus courante que le droit refuse pour des raisons notamment morales que l'argent exerce son empire en certains domaines (Voir notamment : Th. Revet, art. préc. n° 9 à 12. L'auteur souligne notamment que le besoin même d'interdire le jeu de l'échange monétaire en certains domaines prouve la capacité théorique de l'argent à y œuvrer : B. Oppetit, « L'ambivalence de l'argent », art. préc., p. 24. L'auteur conclut son article sur une

d'« universel » ne semble pas excessif pour la simple raison que généralement rien ne pourra servir de meilleur équivalent. C'est ce qui permet d'expliquer ce qui semble autrement un paradoxe indépassable : que l'indemnisation des préjudices extra-patrimoniaux s'effectue en argent¹⁶³⁵. La victime ne pourra, par définition, pas obtenir ce qu'elle a perdu, mais tout ce qu'il lui est possible d'obtenir, l'argent le lui permettra.

409. La neutralité de la sanction pécuniaire par rapport à la norme sanctionnée. Cette caractéristique de l'argent permet de comprendre la neutralité des sanctions exprimées en argent¹⁶³⁶ : la neutralité de la sanction pécuniaire s'exprime dans le rapport qu'elle entretient avec la norme sanctionnée. Pour le formuler plus simplement, la sanction pécuniaire peut se concevoir comme sanction de n'importe quelle règle de droit. Outre que cette assertion se vérifie naturellement lorsque la sanction poursuit une finalité indemnitaire, elle peut également être constatée de façon particulièrement nette pour les sanctions punitives. Ainsi, en droit pénal, elle justifie que l'amende soit classiquement, à côté de la privation de liberté, une peine de référence¹⁶³⁷. De ce que l'argent présente une vocation universelle, un caractère omniprésent¹⁶³⁸, il en résulte que celui-ci est nécessairement neutre, indépendant de ce qu'il évalue¹⁶³⁹. Sa privation constitue donc une punition pour la violation de virtuellement n'importe quelle règle, réserve faite du décalage qui pourrait exister entre une sanction exclusivement pécuniaire et un comportement d'une trop grande gravité. Ce caractère explique potentiellement la vitalité des sanctions pécuniaires dans les propositions, ministérielles, parlementaires ou doctrinales, spécialement lorsque ces propositions visent à établir un mécanisme punitif général¹⁶⁴⁰ : seule une sanction

interrogation : est-ce que l'existence de la transaction pénale ne montre pas que tout à un prix, que tout est négociable ?).

¹⁶³⁵ Sur les difficultés que soulève cette indemnisation : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 649 ; J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux, *Droit civil, Les obligations, 2 : Le fait juridique*, op. cit., n° 140, 385, 387 et 388 ; Voir plus spécifiquement sur les questions soulevées par le principe et la pratique de l'indemnisation des préjudices moraux : X. Pradel, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, op. cit., n° 99 et s. ; M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p. 124 à 131, spéc. p. 127 à 128.

¹⁶³⁶ C. Chainais et D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », art. préc., n° 20.

¹⁶³⁷ Ph. Conte, P. Maître du Chambon, *Droit pénal général*, op. cit., n° 167 et s., spéc. n° 168 et 169 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, LexisNexis, Paris, 4^e éd. 2016, n° 1457.

¹⁶³⁸ J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 671.

¹⁶³⁹ Georg Simmel cité par B. Oppetit, « L'ambivalence de l'argent », art. préc., p. 21.

¹⁶⁴⁰ En ce sens : P. Catala (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la Justice, 22 sept. 2005, art. 1371 ; *Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile*, n°657, enregistrée à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, présentée par M. Laurent BETEILLE, art. 1386-25 : si le texte ne prévoit la possibilité de recourir à

susceptible de s'appliquer en réponse à la violation d'une norme indifférenciée est alors envisageable.

b – La généralité des personnes impliquées dans le processus de sanction.

410. La généralité des personnes sanctionnables. La généralité des sanctions pécuniaires est renforcée par la diversité des personnes pouvant être impliquées dans le processus de sanction. Celles-ci sont d'abord susceptibles de frapper l'ensemble des personnes juridiques, physiques ou morales. À la différence de l'emprisonnement, qui ne se conçoit que pour une personne physique, ou de la dissolution qui ne se conçoit qu'à l'égard d'une personne morale¹⁶⁴¹, les sanctions pécuniaires peuvent frapper aussi bien l'une que l'autre. Tel est en réalité le cas de n'importe quelle sanction de nature patrimoniale, dès lors que personnes physiques et morales jouissent nécessairement d'un patrimoine¹⁶⁴². Cependant, à l'exception de la confiscation générale, dont la gravité empêche un usage répandu, les biens susceptibles de faire l'objet d'une privation à titre de peine entretiennent un rapport nécessaire avec l'infraction, soit qu'ils aient permis sa réalisation, soit qu'ils en constituent un produit¹⁶⁴³. Ce lien nécessaire conduit à faire de la sanction pécuniaire la plus générale des sanctions patrimoniales. Plus spécialement, en présence d'une personne morale, l'importance des sanctions pécuniaires ne semble pas contestable : en droit pénal *stricto sensu*, en ce cas, l'amende est systématiquement encourue¹⁶⁴⁴ et est prononcée dans 92% des condamnations¹⁶⁴⁵.

des dommages et intérêts punitifs en réponse à des fautes lucratives que dans le cas où une disposition légale particulière le prévoit, ceux-ci sont néanmoins pensés comme une sanction punitive potentiellement applicable en réponse à une faute abstraitement considérée. L'avant-projet ainsi que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile proposée par le bureau du droit des obligations témoignent en dernier lieu de cette vitalité.

¹⁶⁴¹ À faire même un parallèle entre dissolution et peine de mort, cette dernière est non seulement abrogée en France mais encore interdite par le 6^{ème} protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales en temps de paix, et par le 13^{ème} en temps de guerre.

¹⁶⁴² Cette affirmation est généralement liée à la présentation de AUBRY et RAU selon laquelle le patrimoine serait une émanation de la personnalité, ce qui impliquerait notamment « que les personnes physiques ou morales peuvent seules avoir un patrimoine ; que toute personne a nécessairement un patrimoine, alors même qu'elle ne posséderait actuellement aucun bien » (A. Seriaux, « Patrimoine », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, juin 2016, n° 6).

¹⁶⁴³ Au sujet de la confiscation en matière pénale, voir : *infra*, n° 487 et s..

¹⁶⁴⁴ M. Boizard, « Les sanctions pénales applicables aux personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993.330, n° 4.

¹⁶⁴⁵ R. Bernardini, « Personne morale », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 (actualisation oct. 2019), n° 67.

411. La généralité des organes prononçant la sanction. Excepté en matière disciplinaire où la sanction pécuniaire peut sembler inappropriée¹⁶⁴⁶, l'ensemble des organes pouvant prononcer une sanction pourraient être munis d'un pouvoir de sanction pécuniaire. À l'inverse, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, p[eut] exercer un pouvoir de sanction *dès lors [...] que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté* »¹⁶⁴⁷ (nous soulignons), limitant ainsi les organes compétents pour prononcer une telle sanction. La généralité des autorités susceptibles d'infliger une sanction pécuniaire participe indubitablement de sa diversité.

2 – L'intérêt de la sanction pécuniaire pour les parties concernées par la sanction.

412. Au-delà de l'intérêt des sanctions pécuniaires du seul point de vue de l'efficacité répressive, celles-ci présentent un intérêt pour les « parties » au rapport de sanction. Ces avantages se constatent tant du point de vue du bénéficiaire (a) que de la personne sanctionnée (b).

a – Les avantages du point de vue du bénéficiaire.

413. L'enrichissement du bénéficiaire. L'intérêt le plus évident des sanctions pécuniaires, pour celui qui la reçoit, est qu'elle conduit à un enrichissement, ou limite un appauvrissement¹⁶⁴⁸. De ce point de vue, l'amende présente pour l'État une différence majeure avec l'emprisonnement, lequel entraîne des coûts non négligeables¹⁶⁴⁹. La principale, et sans doute la seule difficulté à laquelle conduit cet enrichissement tient à l'acceptation sociale de la sanction, dans la mesure où les

¹⁶⁴⁶ Cf *supra*, n° 143.

¹⁶⁴⁷ CC, Décision n° 88-248 DC, 17 janv. 1989, considérant n° 6.

¹⁶⁴⁸ G. Royer, *L'efficacité en droit pénal économique. Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, op. cit., n° 171 ; H.-J. Albrecht, « L'économie du droit pénal et de l'exécution des peines, Évolution et tendances de l'aspect économique du droit pénal », *Rev. crim. et pol.*, Technique, 1997, p. 17 s, spéc. p. 25.

¹⁶⁴⁹ Selon certaines sources, le coût moyen d'une année de détention serait estimé à 32 000 euros par personne : Observatoire international des prisons – section française, « Combien coûte la prison ? Quel est le coût comparé des alternatives à la prison ? », 30 janv. 2019.

citoyens auront alors parfois le sentiment que l'État profite de la sanction et aurait plus intérêt à une violation des règles qu'à une dissuasion véritable¹⁶⁵⁰.

414. L'incitation à l'action des personnes privées. Au-delà de cette remarque évidente, l'incitation à agir que produit la perspective d'un enrichissement constituerait, selon certains auteurs, un des principaux intérêts des peines pécuniaires privées¹⁶⁵¹. Ainsi, « le but premier, en réalité, des dommages et intérêts punitifs, serait d'accroître le nombre des actions en responsabilité [...], et ce, aux fins d'assurer l'efficacité du "private enforcement" ». Les personnes privées joueraient alors le rôle de « procureurs privés »¹⁶⁵², motivées à agir en justice afin de bénéficier des dommages et intérêts punitifs. Même en présence d'un préjudice faible, la victime serait incitée à agir, d'autant que les frais de justice et les honoraires des conseils juridiques seraient mis à la charge du responsable¹⁶⁵³. Cette incitation de la victime à agir, couplée à la faculté de principe qui lui est reconnue d'agir en justice en matière de peine privée¹⁶⁵⁴, constitue un élément difficilement contestable en faveur de l'efficacité, ou plutôt de l'efficience, des peines pécuniaires privées.

415. L'exécution forcée. Les avantages liés aux modalités d'exécution forcée de l'amende sont moins certains. L'exécution forcée de toute sanction pécuniaire apparaît relativement simple, le droit de gage général instauré par l'article 2284 du Code civil permettant d'assurer l'exécution des obligations monétaires¹⁶⁵⁵ par la saisie de l'ensemble des biens présents et à venir¹⁶⁵⁶. Elles sont toutefois potentiellement soumises aux mêmes risques et difficultés que l'exécution de toute obligation monétaire. Ces risques sont doubles.

416. Le risque d'appauvrissement du débiteur. D'une part, dans les rapports entre le créancier de l'obligation résultant de la sanction et le débiteur de

¹⁶⁵⁰ Cf *supra*, n° 316.

¹⁶⁵¹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 238 ; C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 490. L'auteur compare notamment l'attribution du produit de la peine privée à la victime à l'indemnisation versée aux jurés.

¹⁶⁵² *Ibid.*.

¹⁶⁵³ *Ibid.*.

¹⁶⁵⁴ Cf *infra*, n° 712 et s.. Sur les moyens de rendre plus effectifs l'action en responsabilité civile de la victime, cf *infra*, n° 451 et s..

¹⁶⁵⁵ M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, Sirey, Paris, 5^{ème} éd., 2016, n° 3.

¹⁶⁵⁶ C. Witz, « Art. 2284 et 2285 », in *J-Cl. civil code*, LexisNexis, mars 2016, n° 42 ; M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 4.

l'obligation de payer, le patrimoine de ce dernier peut se révéler insuffisant pour couvrir l'intégralité du montant de la sanction. Il est ainsi évident que les sanctions pécuniaires se révèlent inefficaces en présence d'un condamné insolvable¹⁶⁵⁷. La question de l'aggravation de l'insolvabilité du débiteur est plus complexe. Certes, en l'absence de sûreté réelle assortie d'un droit de suite, le créancier ne pourra poursuivre les biens sortis du patrimoine de son débiteur¹⁶⁵⁸. Cependant, outre les actions oblique et paulienne dont dispose n'importe quel créancier¹⁶⁵⁹, le débiteur d'une obligation liée à une sanction pécuniaire est plus directement dissuadé d'organiser son insolvabilité. En effet, l'article 314-7 du Code pénal dispose que l'organisation volontaire de son insolvabilité par le débiteur « en vue de se soustraire à l'exécution d'une condamnation de nature patrimoniale prononcée par une juridiction répressive ou, en matière délictuelle, quasi délictuelle ou d'aliments, prononcée par une juridiction civile, est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende ». Cette peine s'applique incontestablement aux amendes pénales¹⁶⁶⁰ ainsi qu'aux dommages et intérêts. Il semble dès lors légitime de penser qu'elle devrait s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles.

417. Le risque d'augmentation du passif du débiteur. D'autre part, les risques de non-paiement résultent de la concurrence des autres créanciers. Deux situations peuvent se présenter. Soit les créanciers agissent successivement, auquel cas ils seront payés « au prix de la course »¹⁶⁶¹, soit les créanciers se trouvent en situation de concurrence. En ce cas, l'article 2285 du Code civil¹⁶⁶² conduit à une répartition égalitaire, « à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de

¹⁶⁵⁷ Certes la contrainte judiciaire prévue aux articles 749 et suivant du Code de procédure pénale permet d'empêcher que le débiteur d'une amende pénale insolvable n'échappe à toute sanction (J.-Y. Lassalle, « Amende pénale et jour-amende », art. préc., n° 55). Néanmoins, ce n'est alors plus une sanction pécuniaire qui est subie mais une sanction privative de liberté. De plus cette contrainte n'est pas applicable en présence d'une sanction pécuniaire civile (*cf infra*, n° 828 et s.).

¹⁶⁵⁸ C. Witz, « Art. 2284 et 2285 », *loc. cit.*

¹⁶⁵⁹ C. civ., art. 1341-1 et 1341-2. M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachelier, *Droit des sûretés*, *op. cit.*, n° 5.

¹⁶⁶⁰ J.-Y. Lassalle, « Amende pénale et jour-amende », art. préc., n° 57 ; M. Daury-Fauveau, « Organisation ou aggravation frauduleuse d'insolvabilité, art. 314-7 à 314-9 », *in J.-Cl. Pénal Code*, LexisNexis, 2018, n° 22.

¹⁶⁶¹ Cette situation semble surtout probable en cas de saisie-attribution, mécanisme prévu aux articles L. 211-1 et suivant du Code des procédures civiles d'exécution, dans la mesure où l'article L. 211-2 de ce code prévoit que, sauf notification dans la même journée entre les mains du même tiers, la saisie emporte, « à concurrence des sommes pour lesquelles elle est pratiquée, attribution immédiate au profit du saisissant de la créance saisie ». En revanche en matière de saisie-vente, l'absence de concours semble moins probable dans la mesure où l'article L. 221-1, al. 3 permet à tout créancier muni d'un titre exécutoire constatant une créance liquide et exigible de « se joindre aux opérations de saisie par voie d'opposition ».

¹⁶⁶² « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers ; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

préférence ». La situation des différentes sanctions pécuniaires apparaît de ce point de vue inégale. En vertu de l'avant dernier alinéa de l'article 1018 A du Code général des impôts, le recouvrement des amendes pénales est garanti par le privilège mobilier général de l'article 1920 et par l'hypothèque légale prévue à l'article 1929 ter du même code. À cela s'ajoute, sous certaines conditions, une solidarité au paiement de l'amende¹⁶⁶³. Si on considère les sanctions dans un sens général, le recouvrement des dommages et intérêts « classiques », sera souvent assuré par l'action directe reconnue à la victime¹⁶⁶⁴. Il ne semble en revanche pas possible, en l'état du droit, d'appliquer l'une ou l'autre de ces règles aux sanctions pécuniaires civiles¹⁶⁶⁵, réduisant de ce fait les chances de recouvrement de ces sanctions.

418. L'ineffectivité factuelle du recouvrement. Un élément plus factuel peut nuire au recouvrement des sanctions pécuniaires. Les procédés de recouvrement des créances peuvent parfois sembler excessivement lourds au regard du montant de la créance, si bien que leur mise en œuvre en présence de sanctions pécuniaires d'un faible montant sera assez aléatoire, phénomène généralement constaté au sujet des amendes contraventionnelles¹⁶⁶⁶. Si le recouvrement des sanctions pécuniaires rencontre incontestablement certaines difficultés, il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre des sanctions pécuniaires est relativement simple aux regards d'autres sanctions, ne serait-ce que parce qu'elle ne suppose normalement ni contrainte sur la personne, ni consentement de celui qui subit la sanction.

b – Les avantages du point de vue de la personne sanctionnée.

419. La réalité des intérêts. Les avantages des sanctions pécuniaires du point de vue de la personne sanctionnée sont régulièrement évoqués¹⁶⁶⁷. À l'inverse des peines d'emprisonnement, elles ne sont pas corruptives, ne mettent pas le condamné au

¹⁶⁶³ J.-Y. Lassalle, « Amende pénale et jour-amende », art. préc., n° 56 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 984.

¹⁶⁶⁴ C. assur., art. L. 124-3. J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Le contrat d'assurance*, op. cit., n° 2161 et s..

¹⁶⁶⁵ Cf *infra*, n° 824 et s..

¹⁶⁶⁶ J.-Y. Lassalle, « Amende pénale et jour-amende », art. préc., n° 12.

¹⁶⁶⁷ J.-Y. Lassalle, « Amende et jour-amende », loc. cit..

contact de personnes plus avancées que lui dans la voie de l'illégalité, et seraient pour cette raison préférables.

De plus, les sanctions pécuniaires présentent l'avantage d'être facilement adaptables. Elles sont aisées à fractionner, ce qui permet de tenir compte de la situation de la personne condamnée¹⁶⁶⁸. Surtout, leur *quantum* peut être ajusté en fonction des faits et de la personne condamnée, hypothèse expressément prévue pour les amendes pénales¹⁶⁶⁹. Certes, lorsque les sanctions pécuniaires sont plafonnées à un montant fixe, le risque que celui-ci soit démesurément bas est réel. Néanmoins les sanctions pécuniaires, y compris les amendes pénales¹⁶⁷⁰, sont de plus en plus souvent fixées en fonction d'un plafond mobile, dépendant par exemple des profits réalisés ou des revenus de la personne morale à l'origine de l'infraction¹⁶⁷¹. De plus, une généralisation des amendes proportionnées aux profits ou aux revenus de la personne condamnée, à l'instar des solutions retenues dans d'autres pays¹⁶⁷², pourrait être envisagée.

Enfin, en cas d'erreur, la sanction pécuniaire sera aisément réparable, ce qui ne serait évidemment pas le cas d'une peine privative de liberté qui ne pourra donner lieu qu'à une indemnisation en argent.

420. La faiblesse des critiques. Les avantages des sanctions pécuniaires par rapport à d'autres types de sanctions sont ainsi nombreux pour le condamné. On peut de plus ajouter que les inconvénients qui leur sont généralement attribués sont limités¹⁶⁷³. Outre la question de la proportionnalité de la sanction, ce sont principalement les conséquences négatives que produit la sanction pécuniaire sur les proches du condamné qui lui sont reprochées. La critique paraît pourtant relativement faible dans la mesure où toute sanction réellement afflictive risque potentiellement d'affecter indirectement les proches de celui qui la subit. Il faut cependant reconnaître qu'une particularité du régime des sanctions pécuniaires tenant à la transmission en certains cas, notamment à cause de mort, de la créance résultant de la sanction une fois

¹⁶⁶⁸ Cette hypothèse est prévue pour les amendes pénales : CP, art. 132-28.

¹⁶⁶⁹ CP, art. 132-20, al. 2 : « Le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ».

¹⁶⁷⁰ J.-Y. Lassalle, « Amende et jour-amende », *loc. cit.*

¹⁶⁷¹ *Cf infra*, n° 485 et s..

¹⁶⁷² À titre d'exemple, en Finlande, le montant de certaines amendes pour infraction au Code de la route est proportionnel aux revenus du contrevenant.

¹⁶⁷³ J.-Y. Lassalle, « Amende et jour-amende », *loc. cit.*

celle-ci prononcée¹⁶⁷⁴ peut sembler particulièrement étrange dans le cadre de la poursuite d'une finalité punitive et peut sembler critiquable.

B – Une catégorie de sanctions présentant des limites relatives.

421. En dépit de leur souplesse, les sanctions pécuniaires présentent des limites les empêchant de remplir certaines fonctions (1). Surtout, si on se concentre sur leur fonction punitive, les sanctions pécuniaires peuvent sembler présenter des faiblesses structurelles (2).

1 – Les limites aux fonctions des sanctions pécuniaires.

422. Les sanctions pécuniaires et la cessation de l'illicite. Les sanctions pécuniaires présentent une souplesse particulière qui se retrouve au niveau de leurs fonctions. Il serait pourtant erroné de considérer que la sanction monétaire soit adaptée à la poursuite de n'importe quelle finalité. Outre une finalité indemnitaire ou punitive, les sanctions juridiques peuvent notamment poursuivre une fonction de cessation de l'illicite¹⁶⁷⁵. Telle qu'entendue par Monsieur Cyril Bloch, la cessation de l'illicite renvoie aux sanctions touchant à l'activité illicite elle-même, et non à la personne de son auteur comme la peine¹⁶⁷⁶ ou à ses conséquences comme la réparation¹⁶⁷⁷. Dès lors que la cessation de l'illicite vise à imposer pour l'avenir le respect des règles juridiques, il est impossible aux sanctions monétaires de jouer ce rôle¹⁶⁷⁸. De façon générale, les sanctions pécuniaires ne correspondant pas à un commandement de se conformer au Droit, elles ne paraissent pouvoir jouer qu'un rôle complémentaire de la cessation de l'illicite, contraignant la volonté de celui qui ne veut pas respecter l'injonction qui lui est faite de respecter la légalité pour l'avenir¹⁶⁷⁹. De plus, il semble difficile de

¹⁶⁷⁴ Sur les spécificités en matière de sanctions pécuniaires civiles : *Cf infra*, n° 788.

¹⁶⁷⁵ C. Bloch, *La cessation de l'illicite*, *op. cit.*, n° 3 et s. et plus spécifiquement sur la nature de sanction de la cessation de l'illicite : n° 228.

¹⁶⁷⁶ C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 33.

¹⁶⁷⁷ C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 127 et 130.

¹⁶⁷⁸ L'astreinte peut certes renforcer l'ordre adressé par le juge de cesser un comportement illicite. Ce n'est toutefois pas l'astreinte elle-même qui produit un tel effet.

¹⁶⁷⁹ C. Bloch, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 27 et s., not. n° 27-1. Il est possible de remarquer que si l'auteur conteste la

concevoir une situation dans laquelle la cessation de l'illicite prendrait même accidentellement la forme d'une condamnation monétaire. Du fait de la neutralité de la monnaie sous l'angle de la licéité, la détention d'une somme monétaire n'apparaît en général pas en elle-même licite ou illicite. En revanche, cette détention peut résulter d'une situation qui présente un caractère illicite. La cessation de l'illicite étant strictement dirigée vers le fait illicite même, elle ne semble ainsi pouvoir consister dans la condamnation au paiement d'une somme d'argent¹⁶⁸⁰.

423. Les sanctions pécuniaires et la prévention. Plus généralement, et pour les mêmes raisons, on peut penser que si les sanctions pécuniaires peuvent jouer un rôle préventif, ce rôle ne peut être envisagé que de façon médiate¹⁶⁸¹ et particulièrement à travers un aspect dissuasif. Les sanctions pécuniaires se révèlent en effet impropres à jouer un rôle de prévention directe, c'est-à-dire à agir pour empêcher matériellement l'adoption d'un comportement prohibé ou pour faire disparaître de façon nécessaire une situation génératrice d'un risque de dommage. Ainsi, en responsabilité civile, les dommages et intérêts ne semblent pouvoir remplir un rôle préventif qu'à travers la dissuasion qu'emporte l'obligation de supporter le coût de la réparation¹⁶⁸² ou en permettant la réalisation de mesures matérielles destinées à combattre la survenance du dommage. Ce constat explique également qu'en droit pénal, alors même que la notion de peine semble « phagocytée »¹⁶⁸³ par des considérations normalement propres aux mesures de sûretés, singulièrement par la dangerosité de l'accusé, l'amende, sanction pécuniaire pénale par excellence, semble largement épargnée par ce mouvement¹⁶⁸⁴ : consistant dans le versement au Trésor d'une somme d'argent, elle ne permet pas, à la différence par exemple de l'emprisonnement, d'empêcher de façon certaine la

distinction entre réparation en nature et réparation en valeur (*op. cit.*, n° 123), c'est exclusivement par rapport au premier type de réparation qu'il envisage les difficultés de mise en œuvre de la distinction entre réparation du dommage et cessation de l'illicite (*op. cit.*, n° 128 et s.)

¹⁶⁸⁰ Voir dans un sens proche : M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, p. 46 : « une amende constitue nécessairement une sanction car elle n'a pas par elle-même d'effet sur le rétablissement de l'ordre public ». En revanche la cessation de l'illicite peut naturellement présenter des conséquences d'ordre pécuniaire pour celui qu'elle vise.

¹⁶⁸¹ C. Sintez, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 51-3 : parmi les différentes modalités que l'auteur évoque pour illustrer le « caractère adéquat » des « mesures de prévention directe » on peut ainsi remarquer que ne figurent aucune sanction pécuniaire.

¹⁶⁸² C. Thibierge, « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », art. préc. ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.* n° 47.

¹⁶⁸³ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 134.

¹⁶⁸⁴ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 138.

réalisation d'une infraction pénale ce qui traduit son caractère inadapté à la poursuite de la finalité des mesures de sûreté, à savoir la prévention de la dangerosité¹⁶⁸⁵.

2 – Les faiblesses structurelles des sanctions pécuniaires dans la poursuite d'une fonction punitive.

424. Au-delà des limites aux fonctions que peuvent poursuivre les sanctions pécuniaires, celles-ci semblent rencontrer certaines faiblesses dans la poursuite de fonctions punitives. Tel est notamment le cas de l'écran que peut créer la personnalité morale (a) ou de la possibilité pour la personne condamnée de répercuter le coût de la sanction (b). Bien que seule la seconde limite semble réellement spécifique aux sanctions pécuniaires, la première trouve particulièrement à s'illustrer dans cette hypothèse.

a – L'écran de la personnalité morale.

425. L'écran des personnes morales vis-à-vis des personnes physiques. L'infliction d'une punition à une personne morale en lieu et place d'une personne physique semble, au moins selon une certaine conception¹⁶⁸⁶, de nature à nuire à la dissuasion et à la répression des individus en interposant un écran entre eux et les sanctions. Cette limitation de l'efficacité répressive en présence de personnes morales n'est certes pas propre aux sanctions pécuniaires. Néanmoins, du fait de l'importance des sanctions pécuniaires dans les matières économiques, où la présence de personnes morales est extrêmement forte¹⁶⁸⁷, et surtout du fait du lien entre sanction pécuniaire et personne morale¹⁶⁸⁸, les interactions entre ces sanctions et les personnes morales méritent de retenir une attention particulière. Les solutions se présentent alors différemment selon qu'on considère les sanctions pénales ou extrapénales.

¹⁶⁸⁵ M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 146.

¹⁶⁸⁶ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1171 et 1172. Voir également : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 235. L'auteur affirme que l'impact symbolique de la sanction pénale, en présence d'une personne morale, « subit une importante dilution et les organes de la compagnie “considèrent simplement que sa culpabilité n'est pas le reflet de sa propre moralité” ».

¹⁶⁸⁷ J. Simon, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Le juge et le droit de l'économie – Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 147, n° 3.

¹⁶⁸⁸ Cf *supra*, n° 410.

426. Le droit pénal. À la différence de la responsabilité civile, l'objet principalement répressif de la responsabilité pénale autorise un cumul pur et simple des sanctions pécuniaires dès lors que celles-ci ne sont pas limitées par le montant des dommages¹⁶⁸⁹. Ainsi, en matière pénale, l'article 121-2, alinéa 3 du Code pénal dispose que « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits ». Une personne morale ne pouvant agir que par l'intermédiaire de personnes physiques, c'est à l'encontre de ces dernières que sont relevés les éléments constitutifs de l'infraction¹⁶⁹⁰. Le cumul des responsabilités est alors potentiellement extrêmement important dans la mesure où l'idée de limiter la responsabilité du dirigeant aux cas où « il est prouvé que le dirigeant est personnellement intervenu dans la décision ou dans la réalisation de l'infraction ou si la loi prévoit qu'il répond personnellement de certaines infractions »¹⁶⁹¹ n'a jamais été consacrée¹⁶⁹² et que l'idée de faute diffuse au sein de la personne morale n'est pas admise par la Cour de cassation¹⁶⁹³. Si la personnalité morale ne joue pas alors pas un rôle d'écran entre la personne physique et la répression, elle paralyse, en fait sinon en droit, l'efficacité répressive dès lors que la complexité de certains processus décisionnels rend difficilement identifiable la personne directement responsable, hors du cas des infractions attitrées¹⁶⁹⁴.

En certains cas pourtant, une personne morale peut voir sa responsabilité pénale engagée sans que celle d'une personne physique ne puisse l'être. Depuis la loi du

¹⁶⁸⁹ Voir par exemple : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 269.

¹⁶⁹⁰ CP, art. 121-2, al. 1^{er} : « Les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». R. Bernardini, « Personne morale », art. préc., n° 60 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1141 et s.. La fonction de représentation est par ailleurs entendue largement. Sur l'approche pénale de la représentation : op. cit., n° 1167.

¹⁶⁹¹ R. Badinter, *Projet de nouveau code pénal*, Dalloz, Paris, 1988, p. 16.

¹⁶⁹² E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1170.

¹⁶⁹³ R. Bernardini, « Personne morale », art. préc., n° 61 et 62 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1152 et s., spéc. n° 1154. Crim., 18 janv. 2000, n° 99-80.318 : « Attendu qu'il résulte de ce texte que les personnes morales ne peuvent être déclarées responsables que s'il est établi qu'une infraction a été commise, pour leur compte, par leurs organes ou représentants » ; Crim., 11 juin 2013, n° 12-80.551 : « Mais attendu qu'en prononçant ainsi, sans mieux rechercher si les manquements relevés résultaient de l'abstention fautive d'un des organes ou représentants de la société prévenue, et s'ils avaient été commis pour le compte de cette personne morale, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision » ; F. Winckelmuller, « Blessures involontaires et responsabilité pénale d'une personne morale », *Dalloz actualité*, 29 avr. 2014, n° 29. Voir de façon récente : Crim., 16 avr. 2019, n° 18-84.073, note D. 2019.819. Voir cependant antérieurement : H. Matsopoulou, « La présomption d'imputation d'une infraction commise au sein de l'entreprise à la personne morale », *Rev. soc.* 2008.873.

¹⁶⁹⁴ En ce cas, en effet, soit le dirigeant n'a pas procédé à une délégation de pouvoir auquel cas il ne peut s'exonérer de sa responsabilité en prétendant ne pas avoir commis de manquement, soit il a procédé à une telle délégation et c'est alors sur le délégataire qui est désigné responsable (D. Gibirila, « Délégation de pouvoir », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, Paris, 2017 [actualisation sept. 2018, n° 149 à 151]). Voir également sur les consignes ministérielles : *Responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, Francis Lefebvre, coll. « Dossier pratique », Paris, 2^{ème} éd., 2018, n° 48.

10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels¹⁶⁹⁵, l'article 121-3, alinéa 4 limite la condamnation des personnes physiques en matière d'infractions non-intentionnelles aux cas dans lesquels ceux-ci ont causé directement le dommage. Dans le cas contraire, la personne accusée ne pourra être condamnée que si elle a « soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». Ce texte aboutit notamment à ce qu'une personne morale puisse être condamnée alors même que la responsabilité pénale de la personne physique à l'origine du comportement ne peut l'être¹⁶⁹⁶, dans la mesure où la même limitation de responsabilité n'est pas prévue concernant les personnes morales. Spécialement, les conditions de l'article 121-3, alinéa 4 sont telles que le dirigeant ne sera que rarement inquiété en présence d'une infraction pénale non-intentionnelle¹⁶⁹⁷, conduisant à un allègement de la responsabilité qui était la finalité même de la réforme du 10 juillet 2000¹⁶⁹⁸. Ce n'est alors certes pas directement la personnalité morale qui vient réduire la portée de la responsabilité pénale des personnes physiques, mais une restriction directe du champ de la responsabilité pénale des personnes physiques. Néanmoins, en pratique, c'est généralement en présence d'une personne morale, publique ou privée, qu'un individu se trouvera dans la situation prévue par l'article 121-3, alinéa 4 du Code pénal¹⁶⁹⁹.

427. Les sanctions extra-pénales. De surcroît, il n'est pas certain qu'au-delà des amendes pénales les sanctions pécuniaires puissent toujours être infligées aux personnes physiques ayant agi pour le compte d'une personne morale, que ce soit à la personne physique seule ou cumulativement avec la personne morale. À la différence du droit pénal, il n'existe pas en matière de sanction extra-pénale de régime unifié sur cette question et les textes de certaines « incriminations » laissent penser que c'est

¹⁶⁹⁵ Loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, art. 1.

¹⁶⁹⁶ Voir par exemple : Crim., 25 mars 2014, n° 13-80.376.

¹⁶⁹⁷ Voir notamment sur la question : Ph. Conte, « Le lampiste et la mort », *Dr. pén.* 2001/1, chron. 2, n° 5 ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 766.

¹⁶⁹⁸ L'absence de cumul entre personnes morales et personnes physiques est parfois expressément souhaité : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1171 et s. ; J.-C. Planque, « Réflexions en matière de responsabilité pénale des personnes morales (à partir des propositions du rapport Coulon) », *GP* 2009/6, p. 11, n° 1.

¹⁶⁹⁹ Sur les rapports entre responsabilité pénale des personnes morales et la loi du 10 juillet 2000 : C. Ginestet, « La dépenalisation du droit des sociétés », art. préc., II ; F. Caorla, « Le droit pénal sauvé du naufrage ? », *Rev. pénit.* 2008.10.

parfois la personne morale seule qui sera regardée comme auteur de la violation réprimée¹⁷⁰⁰. À considérer plus spécifiquement le cas des sanctions pécuniaires civiles, tel semble le cas de certaines amendes civiles. Ainsi, les amendes de procédure prévoyant uniquement la condamnation de « celui qui agit en justice » c'est bien ici la personne morale seule, dans le cas où celle-ci exerce une action, qui semble visée. D'autres cas semblent plus complexes. Par exemple, l'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce est applicable à l'auteur de certaines pratiques restrictives, si celui-ci est « producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers ». La question de savoir si la personne physique responsable de l'adoption par une personne morale de la pratique réprimée peut être regardée comme auteur ou coauteur au sens de ce texte peut être discutée. On peut *a minima* souligner que dans les cas où une amende civile a été prononcée sur le fondement de l'article L. 442-6, III du Code de commerce à l'encontre d'une personne morale, à notre connaissance, aucune amende civile n'a été prononcée à l'encontre de personnes physiques¹⁷⁰¹. En l'absence de texte spécifique, on peut toutefois penser que, tant les raisons militent pour un assouplissement de la responsabilité civile¹⁷⁰², que celles en faveur d'une atténuation de la responsabilité pénale du dirigeant¹⁷⁰³ devraient conduire à reconnaître au représentant de la personne morale une certaine atténuation de sa responsabilité.

Il serait cependant excessif de considérer que les personnes physiques agissant pour le compte de personnes morales ne peuvent jamais être atteintes par des sanctions pécuniaires extrapénales, ne serait-ce que parce que l'hypothèse est parfois expressément prévue. Ainsi, l'amende prévue par l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier¹⁷⁰⁴ par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers

¹⁷⁰⁰ Plusieurs configurations semblent possibles. On peut par exemple noter que la proposition n° 71 du rapport de la mission sur la gouvernance écologique proposait d'instaurer des dommages et intérêts punitifs limités aux professionnels ou personnes morales : M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 30.

¹⁷⁰¹ Voir par exemple : Com., 26 sept. 2018, n° 17-10.173 ; Com., 26 avr. 2017, n° 15-27.865, M. Chagny, « La démonstration du comportement consistant à “soumettre ou tenter de soumettre” », *RTD com.* 2017.601 ; Com., 25 janv. 2017, n° 15-23.547, F. Buy, « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *D.* 2017.481 ; Com., 21 janv. 2014, n° 12-29.166, H. Barbier, « Faveur pour la transmission de l'obligation lors d'une transmission d'entreprise », *RTD civ.* 2014.367 ; M.-C. Sordino, « Spécificité de l'application du principe de personnalité des peines en matière économique », *D.* 2014.531 ; Com., 10 sept. 2013, n° 12-21.804 ; Com., 8 juill. 2008, n° 07-13.350 ; Com., 23 janv. 2007, n° 04-16.779, n° 04-17.951 ; Douai, 13 oct. 2005, n° 04/01971 ; TC Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184, J. Sénéchal, « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », art. préc. ; B. Fages, « Mais de l'abus en dehors du droit des clauses abusives », *RTD civ.* 2010.324.

¹⁷⁰² Cf *supra*, n° 391 et s..

¹⁷⁰³ Cf *supra*, n° 426.

¹⁷⁰⁴ Dont on rappelle les difficultés de qualification entre amende civile et administrative. Cf *supra*, n° 99.

peut être infligée, selon le b du III de cet article, aux « personnes physiques placées sous l'autorité ou agissant pour le compte de l'une des personnes mentionnées aux 1° à 8°, 11°, 12° et 15° à 18° du II de l'article L. 621-9, ou exerçant des fonctions dirigeantes, au sens de l'article L. 533-25, au sein de l'une de ces personnes »¹⁷⁰⁵. L'articulation entre responsabilité des personnes physiques et morales peut également se réaliser de façon « hybride ». Ainsi de l'amende administrative prévue à l'article L. 464-2 du Code de commerce¹⁷⁰⁶. Les comportements pouvant donner lieu à cette amende sont également sanctionnés pour les personnes physiques par l'article L. 420-6 du Code de commerce, dans le cas où celles-ci auraient eu « frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de » la pratique. Ce n'est toutefois pas une sanction pécuniaire extrapénale qui atteint alors la personne physique mais une sanction pénale délictuelle spécifique.

428. L'écran des personnes morales vis-à-vis des personnes morales¹⁷⁰⁷.

La possibilité pour des personnes morales de détenir elle-même des droits sociaux d'autres personnes morales et de s'organiser en groupe¹⁷⁰⁸ peut aisément conduire à des stratégies développées pour cloisonner les risques de sanctions et pour limiter à une filiale, et à son patrimoine, le risque encouru¹⁷⁰⁹, dès lors que les filiales sont

¹⁷⁰⁵ L'absence d'impunité de la personne physique est d'autant plus visible que la Cour de cassation a affirmé que la faute de la personne physique n'avait pas besoin d'être détachable de ses fonctions pour que la sanction prévue à l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier lui soit infligée, à l'époque par la COB : Com., 31 mars 2004, n° 03-14.991 : « L'arrêt relève exactement que le prononcé de sanctions pécuniaires à l'égard du dirigeant d'une personne morale n'est pas subordonné à la démonstration d'une faute séparable de ses fonctions dès lors que la Commission n'est pas saisie d'une action en responsabilité civile mais décide du bien fondé d'accusation en matière pénale au sens des dispositions de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et que ce dirigeant peut directement être sanctionné en tant qu'auteur des agissements incriminés lorsque, comme en l'espèce, les règlements en cause le prévoient expressément » ; J.-J. Caussin, F. Deboissy, G. Wicker, « Droit des sociétés », *JCP E* 2004, 1510, n° 11 et s. ; Th. Bonneau, « Condamnation des dirigeants sociaux », *Dr. soc.* 2004, comm. 131 : « Les dirigeants sociaux ne peuvent ainsi pas se retrancher derrière l'écran de la personnalité morale de la société "pour échapper à des poursuites personnelles au motif" qu'ils ont agi "au nom et pour le compte d'une personne morale". La condamnation des dirigeants ne fait cependant pas obstacle à celle des sociétés que ceux-ci gèrent : ce cumul n'est pas étonnant ; il est d'ailleurs admis en matière pénale [...] Le cumul de sanctions n'est toutefois pas obligatoire : l'AMF peut choisir de ne sanctionner que les dirigeants qui nous paraissent d'ailleurs être exposés, en quelque sorte, en première ligne, parce que ce sont eux qui agissent ».

¹⁷⁰⁶ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 9, note n° 48. L'auteur affirme : « Seules les personnes morales encourent la sanction pécuniaire prévue à l'article L 464-2, I du Code de commerce. La solidarité entre personne morale et dirigeant à la sanction monétaire est pourtant envisagée à l'article L 470-1 (devenu L. 490-1) du Code de commerce mais réservé aux "amendes" et aux "juridictions" »

¹⁷⁰⁷ Seule sera envisagée ici l'hypothèse de la responsabilité de la société *in bonis*, l'hypothèse d'une confusion des patrimoines dans le cadre de procédure collective relevant d'avantage d'une faute dans la gestion de la société que d'une utilisation de la personnalité morale pour limiter les risques financiers pesant sur une société en raison des illicéités que celle-ci serait amenée à commettre dans la poursuite de son activité.

¹⁷⁰⁸ Sur les critères du groupe M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés, op. cit.*, n° 2018 et s., spéc. 2022 et s..

¹⁷⁰⁹ B. Gimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. soc.* 2009.715, n° 3. Voir par exemple en matière d'amende à l'encontre des pratiques anticoncurrentielles : P. Arhel, « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2018 (actualisation

constituées sous une forme sociale au sein de laquelle les associés « ne supportent les pertes qu'à concurrence de leurs apports »¹⁷¹⁰, soit une société à risque limitée. À l'inverse des hypothèses précédemment envisagées, la question n'est alors plus tant celle de l'écran que crée la personne morale vis-à-vis des dirigeants mais vis-à-vis des associés. Que ce soit au regard de la responsabilité pénale ou de la responsabilité civile, le fait que le groupe ne soit pas doté de la personnalité juridique conduit à considérer que chaque société est normalement seule responsable de ses actes¹⁷¹¹. La responsabilité civile de la société mère peut néanmoins être engagée alors même que c'est la filiale qui semble directement impliquée. Tel est le cas en application de la théorie de l'apparence¹⁷¹², en cas de fictivité¹⁷¹³, d'immixtion ou de faute de la société mère¹⁷¹⁴. Une partie de la doctrine semble néanmoins critique à l'encontre de ces critères en raison tant de leur obscurité que des difficultés de mise en œuvre¹⁷¹⁵. La responsabilité pénale n'envisage *a priori* pas non plus la mise en cause du groupe sous un angle spécifique, conduisant à faire potentiellement des filiales un simple

janv. 2019) ; J.-J. Daigre, « Société fictive », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 1999 (actualisation avr. 2018), n° 18. L'auteur souligne que la personnalité morale permettant précisément de scinder un patrimoine, objectif particulièrement important dans le cas des sociétés unipersonnelles, il est souvent difficile de distinguer l'utilisation légitime du mécanisme d'un véritable abus. Pour une application jurisprudentielle de ces conséquences en matière de responsabilité civile, voir par exemple : Com., 26 mars 2008, n° 07-11.619, B. Rolland, « De la responsabilité environnementale d'une société mère », *Rev. soc.* 2008.812.

¹⁷¹⁰ Voir notamment : C. com., art. L. 223-1 et L. 225-1.

¹⁷¹¹ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 2057 ; B. Gimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *loc. cit.* ; C. d'Hoir-Laupêtre, « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », *LPA* 2012/122, p. 5 ; A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 217. Certaines dispositions envisagent cependant une responsabilité particulière de la société mère, mais sans se détacher de l'exigence d'une faute personnelle de celle-ci. Voir particulièrement en matière environnementale : C. env., art. L. 512-17 : « Lorsque l'exploitant est une société filiale au sens de l'article L. 233-1 du code de commerce et qu'une procédure de liquidation judiciaire a été ouverte ou prononcée à son encontre, le liquidateur, le ministère public ou le représentant de l'État dans le département peut saisir le tribunal ayant ouvert ou prononcé la liquidation judiciaire pour faire établir l'existence d'une faute caractérisée commise par la société mère qui a contribué à une insuffisance d'actif de la filiale et pour lui demander, lorsqu'une telle faute est établie, de mettre à la charge de la société mère tout ou partie du financement des mesures de remise en état du ou des sites en fin d'activité ». Ce mécanisme est par ailleurs limité aux procédures collectives, la responsabilité de la société mère étant dès lors moins retenue pour son implication dans le dommage écologique que pour les fautes dans la gestion des ressources de sa filiales : A. Lienhard, « Responsabilité de la société mère en cas de pollution causée par une de ses filiales », *D.* 2009.2413.

¹⁷¹² Si la responsabilité de la société mère sera alors extracontractuelle (C. d'Hoir-Laupêtre, « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », art. préc. ; J. Schmeidler, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013.584), la théorie de l'apparence ne devrait toutefois trouver à s'appliquer qu'en présence d'un lien contractuel entre la filiale et la personne agissant en responsabilité (B. Gimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », art. préc., n° 11), limitant l'intérêt de cette théorie dans le cadre d'une politique sociale de régulation des comportements.

¹⁷¹³ M.-H. Monsérié-Bon, « Fasc. 165-10 : Groupes de sociétés – Filiales, participation et sociétés contrôlées », in *J.-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2012 (actualisation mars 2013) n° 10 ; A. Lecourt, « Groupe de sociétés », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2015 (actualisation nov. 2019), n° 184. J.-J. Daigre, « Société fictive », art. préc., n° 17 : c'est principalement la « fictivité économique », par abus de la personnalité morale, qui est ici envisagée.

¹⁷¹⁴ J. Schmeidler, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », art. préc., note n° 4.

¹⁷¹⁵ C. D'Hoir-Laupêtre, « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », art. préc. ; B. Gimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », art. préc. ; J. Schmeidler, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », art. préc..

« instrument par lequel l’infraction a été commise »¹⁷¹⁶. Dès lors, ce n’est que dans les conditions habituelles du droit pénal qu’une société mère, si elle est par exemple complice ou coauteur, pourra voir sa responsabilité engagée, ce qui peut poser des difficultés probatoires importantes. Ces solutions offrent un procédé extrêmement efficace de neutralisation des sanctions, notamment pécuniaires : outre que le risque sera logiquement limité au patrimoine de la filiale, les hypothèses, de plus en plus fréquentes en matière de sanctions pécuniaires extrapénales, dans lesquelles le montant de la sanction est fixé en pourcentage du chiffre d’affaires voient logiquement leur efficacité décroître en présence de ce type d’organisation. Pourtant, certaines sanctions pécuniaires extrapénales ont été adaptées pour tenir compte de ce risque. Tel est principalement le cas de l’amende administrative prévue à l’article L. 464-2 du Code de commerce. Celle-ci est en effet infligée non seulement à la personne auteur de la pratique réprimée mais également à « l’entreprise », dont elle peut atteindre 10 % du chiffre d’affaire mondial. Or, l’entreprise ne se confond pas nécessairement avec une société¹⁷¹⁷. La Cour de justice des communautés européenne a ainsi précisé que la notion d’entreprise, employée, au sein des articles 85 et 86 du traité, devenus 101 et 102 du TFUE, « comprend toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement »¹⁷¹⁸, définition reprise en droit interne¹⁷¹⁹. Notion plus économique que juridique¹⁷²⁰, l’entreprise invite à considérer la réalité du comportement sur le marché¹⁷²¹, permettant ainsi d’appréhender le chiffre d’affaires de la société mère et d’augmenter le montant maximum de l’amende ainsi que le patrimoine répondant de la sanction¹⁷²², sans tenir

¹⁷¹⁶ Un projet de 1978 avait pourtant envisagé de traiter la question de la responsabilité pénale des personnes morales en matière commerciale dans des termes permettant la condamnation du groupe : M. Pariente, « Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. soc.* 1993.247 ; R. Bernardini, « Personne morale », art. préc., n° 28 à 30.

¹⁷¹⁷ Pour une prise en compte de l’objectif de lutte contre les manœuvres visant à minimiser la sanction et une validation de cette prise en compte, *cf infra*, n° 2524.

¹⁷¹⁸ CJCE, *Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avr. 1991, C-41/90.

¹⁷¹⁹ A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, *op. cit.*, n° 470 ; F. Chaput, « L’autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *CCC* 2010, étude 1, n° 4.

¹⁷²⁰ F. Chaput, « L’autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *loc. cit.*

¹⁷²¹ J.-L. Aribaud, I. d’Armaillé, Ph. Choné et ali., *Conseil de la concurrence : 20^{ème} rapport annuel 2006*, La Documentation française, Paris, 2007, p. 87. Le rapport indique, certes au sujet des accords intragroupes mais le propos semble généralisable, que : « Aux fins de l’application des règles de la concurrence, la séparation formelle entre deux sociétés, résultant de leur personnalité juridique distincte, n’est pas déterminante, ce qui importe étant l’unité ou non de leur comportement sur le marché ».

¹⁷²² P. Arhel, « Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », art. préc., n° 19 et 20 ; « L’autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », art. préc., n° 35 ; V. Pironon, « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA* 2011/199, p. 3, n° 8 et s.. Cette neutralisation de la personnalité morale est d’autant

compte de l'écran de la personnalité morale. L'article L. 464-2 du Code de commerce prévoit en outre que, le cas échéant, le chiffre d'affaires considéré est celui figurant sur les « comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante »¹⁷²³. Or, l'article L. 233-16 fait obligation aux sociétés commerciales d'établir des comptes consolidés « dès lors qu'elles contrôlent de façon exclusive ou conjointe une ou plusieurs autres entreprises »¹⁷²⁴. Si les conditions définies par l'article pour établir de tels contrôles ne recouvrent pas la totalité des définitions possibles du groupe de société¹⁷²⁵, elles s'en rapprochent néanmoins.

429. Conclusion. La présence d'une personne morale constitue parfois un obstacle certain à l'efficacité des sanctions, empêchant que celles-ci n'atteignent la personne ayant effectivement décidé de l'adoption du comportement réprimé, que celle-ci soit une personne physique ou morale. Il semble pourtant difficile d'y voir un élément de faiblesse inhérent aux sanctions pécuniaires. Il ne s'agit pas de contester que l'absence d'infliction d'une sanction aux personnes physiques ayant, concrètement, pris la décision conduisant à l'adoption du comportement réprimé réduit nécessairement l'efficacité dissuasive et répressive de la sanction¹⁷²⁶. Simplement, les sanctions pécuniaires suivent, du point de vue de la sanction des personnes physiques, globalement le même régime que l'ensemble des sanctions susceptibles de leur être infligées, le même constat pouvant être fait au sujet de la sanction des sociétés contrôlant une filiale à l'origine d'une pratique réprimée.

Certes, les liens unissant personnes morales et sanctions pécuniaires rendent le phénomène particulièrement visible au sujet de ces sanctions. Il ne s'agit pourtant que d'une conséquence de l'adéquation des sanctions pécuniaires à la répression des personnes morales et non d'un élément de faiblesse spécifique.

La rapide analyse qui a été menée de cette question paraît enfin montrer que les sanctions pécuniaires civiles semblent moins abouties sur ce plan, tant par rapport aux sanctions pénales, la question de la responsabilité de la personne physique en présence

plus efficace qu'en cas de contrôle à 100% de la filiale, la société mère est présumée former avec celle-ci une seule entreprise (V. Pironon, « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », art. préc., n° 9 ; F. Chaput, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », art. préc., n° 11 à 15).

¹⁷²³ C. com., art. L. 464-2, I, al. 4.

¹⁷²⁴ C. com., art. L. 233-16, I.

¹⁷²⁵ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, op. cit., n° 2023 in fine à 2025.

¹⁷²⁶ Cf. *supra*, n° 391 et s. et n° 425.

d'une personne morale semblant davantage traité dans cette branche du droit¹⁷²⁷, que par rapport à certaines amendes administratives, concernant la répression des sociétés mères. Il ne s'agit toutefois que d'éléments contingents du régime de ces sanctions dont le régime pourrait être amélioré à l'occasion d'une refonte du droit des sanctions pécuniaires civiles¹⁷²⁸.

b – La répercussion du coût des sanctions.

430. Un des intérêts des sanctions pécuniaires par rapport à d'autres sanctions, notamment aux sanctions privatives de liberté, tient à leur caractère remédiable, rendant notamment la correction d'une sanction infligée par erreur aisée. Cet intérêt des sanctions pécuniaires peut toutefois devenir une faiblesse lorsque la personne à laquelle la sanction a été infligée parvient, de sa propre initiative, à en neutraliser les conséquences ou se trouve dans une situation financière lui rendant indifférent la sanction.

Sans même évoquer ici la question de l'assurance, il apparaît que la personne visée par la sanction n'en supporte pas toujours la charge définitive, en fait sinon en droit. Tel est notamment le cas lorsque l'importance de l'entreprise condamnée lui permet d'en répercuter le coût sur ses clients¹⁷²⁹. Il s'agit alors d'une neutralisation purement factuelle de l'efficacité de la sanction à laquelle il semble *a priori* difficile d'apporter une réponse juridique simple. En certain cas, la neutralisation de l'efficacité de la sanction pécuniaire s'appuie plus spécialement sur des règles juridiques. À titre d'exemple, hors du monde économique, certaines associations trouvent dans le droit fiscal un élément facilitant la neutralisation des sanctions pécuniaires. L'article 200 du Code général des impôts prévoit la possibilité, en cas de dons faits aux associations, fondations, organismes et œuvres mentionnés par l'article, d'une réduction d'impôt sur le revenu égale à 66 % de leur montant les sommes prises dans la limite de 20 % du revenu imposable qui correspondent à des dons et versements ». Une affaire médiatisée

¹⁷²⁷ Le terme d'aboutissement peut sembler discutable sur ce point dans la mesure où il n'est pas certain qu'il soit légitime de sanctionner personnes morale et physique pour un comportement unique (E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1170 ; Y. Mayaud, « Le droit pénal instrument de la régulation de l'activité économique », in *Code de commerce – Le livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2007, p. 625 et s., spéc. p. 629 et s.). *A minima* peut-on remarquer que la capacité des sanctions pécuniaires civiles à atteindre les personnes physiques semble plus réduite que celle des sanctions pénales, que l'on approuve ou non cette solution.

¹⁷²⁸ Cf *infra*, n° 850.

¹⁷²⁹ Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, *op. cit.* n° 359 ; S. Guennad, *Le préjudice moral des personnes morales*, *op. cit.*, n° 177.

avait attiré l'attention sur ce que cette déduction peut porter de paradoxal en cas de sanctions pécuniaires. À la suite de l'élection présidentielle de 2012, les comptes de campagne d'un des candidats n'avaient pas été validés pour dépassement du montant des dépenses maximales autorisées. La Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques avait, en application du dernier alinéa de l'article L. 52-15 du Code électoral, fixé « une somme égale au montant du dépassement que le candidat est tenu de verser au Trésor public ». Cette somme avait été acquittée par le parti politique du candidat. Sans insister sur ce dernier point qui avait par la suite soulevé des difficultés¹⁷³⁰, le parti a alors rencontré des difficultés financières à la suite de ces sanctions couplées au non-remboursement d'une part des frais de campagne et avait engagé une campagne de refinancement auprès de ses adhérents et militants, campagne couronnée d'un succès certain¹⁷³¹. L'opinion publique semblait alors en partie choquée de découvrir que les dons faits à l'association risquaient d'être déduits fiscalement, aboutissant, certes non techniquement mais en pratique, à ce que l'État assume une partie de la sanction censée lui revenir. Dans la mesure où c'est cette fois une règle juridique qui permet de faciliter la neutralisation de la sanction, il semble possible d'envisager des pistes d'amélioration¹⁷³².

§II – Les limites des sanctions non-pécuniaires.

431. La préférence affichée en certains cas pour les sanctions pécuniaires civiles par rapport aux sanctions pénales tient pour beaucoup à la souplesse supposée de ces sanctions ainsi qu'à leur prétendue adéquation à la répression de certains types de comportements. On peut néanmoins se demander si des sanctions pécuniaires constituent la réponse la plus adéquate. À plusieurs égards, le recours à des sanctions non-pécuniaires pourrait sembler plus à propos. Les limites de ces sanctions semblent pourtant interdire d'y voir un substitut généralement satisfaisant aux sanctions pécuniaires civiles, qu'on considère les sanctions juridiques non-pécuniaires (A) ou les sanctions économiques non-pécuniaires (B).

¹⁷³⁰ A. Pouchard, S. Laurent, « Pourquoi Sarkozy a remboursé à l'UMP les pénalités de sa campagne », *Le Monde*, 3 déc. 2014.

¹⁷³¹ *Ibid.*

¹⁷³² *Cf. infra*, n° 823.

A – Les sanctions juridiques non-pécuniaires.

432. Toute sanction juridique portant en elle un aspect prophylactique, il serait à ce stade possible d'envisager l'intégralité des sanctions juridiques non-pécuniaires. Le caractère manifestement disproportionné d'une telle entreprise invite néanmoins à se concentrer sur celles qui apparaissent le plus susceptibles de constituer une alternative aux sanctions pécuniaires civiles, qu'elles soient elles-mêmes civiles (1) ou administratives (2).

1 – Les sanctions civiles.

433. La pluralité des limites. Loin de se limiter aux sanctions pécuniaires, spécialement aux dommages et intérêts, les sanctions civiles peuvent prendre une multitude de formes¹⁷³³. Ces sanctions peuvent certes présenter un intérêt dissuasif ou répressif non négligeable. Pourtant, elles ne sauraient concurrencer pleinement les sanctions pécuniaires civiles. Il est, d'une part, manifeste qu'une part importante des sanctions civiles ne peuvent atteindre qu'un acte juridique¹⁷³⁴, et se révèlent, par conséquent, inaptés à réguler de façon plus générale les comportements sociaux. D'autre part, et surtout, les sanctions civiles non-pécuniaires, en tant que sanctions civiles, ne bénéficient pas d'un régime aussi adapté à la répression que ne l'est celui des sanctions pénales¹⁷³⁵. Bien que cette remarque vaille également pour les sanctions civiles pécuniaires, ces dernières semblent néanmoins plus facilement adaptables.

434. Les difficultés d'adaptation des sanctions civiles non pécuniaires : l'exemple des déchéances. Le cas des déchéances permet parfaitement d'illustrer cette idée. Elles constituent des sanctions affectant l'exercice d'un droit ou d'une activité

¹⁷³³ Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », art. préc., II : « Le caractère des “sanctions en droit privé”, au sens dissuasif du terme, le seul envisagé dans le colloque, celui qui a été le plus souligné – on ne sait si historiquement il est le premier ou s'il est dans la pratique le plus important ou s'il est dans l'intelligence et la politique du droit le plus significatif –, celui qui a été le plus récurrent, c'est sa diversité et sa multiplicité : il n'y a pas une sanction dans le droit privé, mais des sanctions, comme le dit l'intitulé du colloque : *en 2005, il y en a beaucoup - une vingtaine ou une trentaine, selon la manière de compter* » (Nous soulignons).

¹⁷³⁴ Par exemple : Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », art. préc.. Dans la liste des sanctions que recense Monsieur MALAURIE, tel semble notamment le cas des nullités, des résolutions, des caducités, les inexis­tences. Monsieur MALAURIE indique d'ailleurs que les sanctions civiles constituent « Toute une variété de procédés rendant inefficaces des actes jugés inopportuns ».

¹⁷³⁵ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 827.

par celui qui en est frappé¹⁷³⁶. Elles ont généralement une dimension punitive très marquée conduisant à y voir un cas de peine privée¹⁷³⁷. Certains des exemples les plus couramment admis de peine privée relève en effet d'une logique de déchéance¹⁷³⁸. Tel est notamment le cas de la sanction prévue à l'article 1477 du Code civil en matière de recel de communauté¹⁷³⁹, et à l'article 778 du même code en matière de recel successoral¹⁷⁴⁰. L'un et l'autre de ces articles prévoient notamment la privation, pour celui qui a dissimulé un bien de la communauté ou de la succession, des droits sur les biens dissimulés. Tel est également le cas de l'indignité successorale¹⁷⁴¹, mécanisme en vertu duquel l'héritier qui s'est rendu pénalement coupable de certaines atteintes particulièrement graves à l'encontre du *de cuius* ne pourra pas hériter, sauf pardon de ce dernier¹⁷⁴². Ces sanctions, bien qu'ayant des conséquences patrimoniales évidentes, ne constituent généralement pas des sanctions pécuniaires au sens retenu au sein de la présente étude¹⁷⁴³. Il en résulte que ces mécanismes, même s'ils ne sont pas détachés de toute idée de proportionnalité en raison de la façon dont est défini le domaine de la déchéance¹⁷⁴⁴, sont difficilement adaptables dans la mesure où le juge ne peut que choisir entre prononcer la sanction ou ne pas la prononcer, sans pouvoir en affiner le *quantum*. Frappant alors parfois trop fort, parfois trop faiblement, la déchéance peut sembler constituer un outil fruste, même si parfois efficace, de répression. Nécessairement prévue au sujet d'un ou de plusieurs droits identifiés, elle ne sera

¹⁷³⁶ F. Luxembourg, *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, n° 523.

¹⁷³⁷ F. Luxembourg, *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*, *op. cit.*, n° 627 et s.. Sur la différence, lorsque la déchéance affecte un acte juridique, avec la nullité partielle et le réputé non-écrit : *op. cit.*, n° 657 à 660.

¹⁷³⁸ R. Savatier, *Traité de responsabilité*, t. II, *op. cit.*, n° 614 ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, Partie II, Titre I, Chapitre II, Section II : « Recel de communauté et de succession.

¹⁷³⁹ « Celui des époux qui aurait diverti ou recelé quelques effets de la communauté est privé de sa portion dans lesdits effets. De même, celui qui aurait dissimulé sciemment l'existence d'une dette commune doit l'assumer définitivement ».

¹⁷⁴⁰ « Sans préjudice de dommages et intérêts, l'héritier qui a recelé des biens ou des droits d'une succession ou dissimulé l'existence d'un cohéritier est réputé accepter purement et simplement la succession, nonobstant toute renonciation ou acceptation à concurrence de l'actif net, sans pouvoir prétendre à aucune part dans les biens ou les droits détournés ou recelés. Les droits revenant à l'héritier dissimulé et qui ont ou auraient pu augmenter ceux de l'auteur de la dissimulation sont réputés avoir été recelés par ce dernier. Lorsque le recel a porté sur une donation rapportable ou réductible, l'héritier doit le rapport ou la réduction de cette donation sans pouvoir y prétendre à aucune part. L'héritier receleur est tenu de rendre tous les fruits et revenus produits par les biens recelés dont il a eu la jouissance depuis l'ouverture de la succession ».

¹⁷⁴¹ Les cas d'indignité peuvent être automatiques (C. civ., art. 726) ou devoir être prononcés (C. civ., art. 727). Sur cette institution analysée comme peine privée, voir notamment : B. Stark, *La responsabilité civile dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, *op. cit.*, p. 368 ; M. Crémieux, « Réflexions sur la peine privée moderne », art. préc., n° 16 ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *loc. cit.*, section I ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 315. Qualifiant plus spécifiquement l'indignité successorale de peine civile : M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, *op. cit.*, p. 40.

¹⁷⁴² C. civ., art. 728.

¹⁷⁴³ Cf *supra*, n° 4.

¹⁷⁴⁴ Ainsi, le fait qu'en cas de recel de communauté ou successoral la privation porte sur l'objet même du recel crée un lien évident entre l'objet du manquement et la sanction.

efficace que lorsque l'individu réprimé est non seulement titulaire de ces droits, mais en plus y trouve un intérêt réel. De ce fait, la déchéance ne sanctionnera généralement qu'un manquement à une règle en lien avec le droit que cette sanction frappe, une « incombance » dans l'exercice de ce droit¹⁷⁴⁵. Réponse potentiellement adaptée à certains manquements, elle ne peut alors constituer un outil général de régulation de comportements et ne semble dès lors pas concurrencer les sanctions pécuniaires civiles¹⁷⁴⁶.

435. L'absence de réelle concurrence entre sanctions pécuniaires civiles et sanctions civiles non pécuniaires. La déchéance constituant une des sanctions les plus manifestement punitives rattachée au droit civil, les remarques faites à son propos se retrouvent à l'identique ou exacerbées au sujet des autres sanctions civiles non pécuniaires¹⁷⁴⁷. Limitées à l'adoption de certains comportements, difficilement adaptables à la gravité du comportement ou aux exigences d'une dissuasion individualisée, elles constituent des sanctions dont la pertinence ou l'efficacité ne sauraient être que ponctuelles et ne constituent pas, de façon générale, des mécanismes concurrençant les sanctions pécuniaires civiles.

2 – Les sanctions administratives.

436. Il n'est pas question de revenir ici sur la distinction des amendes administratives et des sanctions pécuniaires civiles. Il semble en revanche nécessaire d'insister sur l'extrême efficacité de certaines sanctions administratives non-pécuniaires, ainsi que sur les limites inhérentes à ces sanctions.

437. Les retraits d'agrément et les radiations. Dans son rapport public de 2001, le Conseil d'État insistait sur la différence fondamentale entre deux types de sanctions administratives : « Les sanctions à caractère professionnel ou fonctionnel, apparues les premières, qui restreignent les capacités d'action des opérateurs concernés et

¹⁷⁴⁵ F. Luxembourg, *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*, op. cit., n° 525.

¹⁷⁴⁶ La même remarque vaut sans doute pour d'autres mécanismes punitifs de droit privé. Ainsi de l'interdiction de gérer attachée aux faillites personnelles. Voir : C. com., art. L. 653-2 et L. 653-8.

¹⁷⁴⁷ Par exemple la nullité, la résolution, la caducité, l'inopposabilité ... Pour un panorama des sanctions traditionnelles du droit civil voir : Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », art. préc., II.

peuvent même aboutir à leur cessation d'activité et les sanctions pécuniaires »¹⁷⁴⁸. Au titre des premières, on peut par exemple évoquer les sanctions que peut prononcer l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et qui comprennent notamment le retrait partiel ou total d'agrément ainsi que la radiation de la liste des personnes agréées¹⁷⁴⁹. De même, l'Autorité des marchés financiers peut, à l'encontre des professionnels du marché, prononcer des sanctions équivalentes¹⁷⁵⁰. Ces sanctions présentent une force dissuasive évidente, pouvant compromettre de façon extrêmement profonde l'activité de la personne sanctionnée, voire la condamner à cesser toute activité. On comprend dès lors que ces mesures soient souvent plus redoutées que des sanctions pécuniaires, ce qu'illustre à merveille un exemple médiatisé dans un contexte international : accusée d'avoir violé certaines réglementations américaines, la BNP avait préféré plaider coupable et subir une amende de neuf milliards de dollars que de voir son activité interdite sur le territoire américain¹⁷⁵¹.

438. Les autres sanctions. Bien que les autres sanctions non-pécuniaires que peuvent prononcer des autorités administratives présentent incontestablement une gravité moindre, elles peuvent néanmoins présenter une réelle efficacité dissuasive. Ainsi du blâme que peuvent prononcer certaines autorités administratives¹⁷⁵². La sanction n'emporte certes pas de conséquences directes aussi lourdes qu'une sanction pécuniaire. L'atteinte à l'image de la personne visée peut toutefois s'avérer extrêmement nuisible à son activité dans des secteurs reposant en grande partie sur la confiance, tels les secteurs bancaire et assurantiel.

439. Les limites. L'efficacité de ces sanctions semble toutefois limitée, à certaines personnes ou à certains domaines. Logiquement, les sanctions de retrait, total ou partiel, d'agrément, ne peuvent se concevoir que dans un domaine soumis à autorisation, ce qui explique que l'autorité de la concurrence soit dépourvue de la faculté de prononcer une telle sanction¹⁷⁵³. Tel n'est certes pas le cas des autres sanctions, notamment de celles ayant pour objet ou pour effet d'atteindre la réputation

¹⁷⁴⁸ Conseil d'État, *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, op. cit., p. 311.

¹⁷⁴⁹ CMF, art. L. 612-39, 6° et 7°.

¹⁷⁵⁰ CMF, art. L. 621-15, III, a. Voir également pour une sanction similaire concernant le CSA : Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, préc., art. 42-1.

¹⁷⁵¹ Voir par exemple : M.-E. Boursier, « La mondialisation du droit pénal économique », art. préc., note n° 32.

¹⁷⁵² Par exemple CMF, art. L. 612-39, 2° et L. 621-15, III, a et b.

¹⁷⁵³ C. com., art. L. 464-2. Elle peut certes s'opposer à un projet de regroupement et donc freiner l'activité de manière sensible, mais cela ne constitue pas une sanction.

de la personne condamnée¹⁷⁵⁴. On peut toutefois penser que leur efficacité est bien moindre hors des secteurs dans lesquels les partenaires potentiels de la personne condamnée prêtent une attention particulière à la réputation ou à l'honorabilité de leurs cocontractants. Si ces sanctions peuvent, en certains domaines, efficacement concurrencer les sanctions pécuniaires, le domaine potentiel de ces dernières semble largement plus vaste. À cela s'ajoute que, même dans les domaines où des sanctions administratives non-pécuniaires peuvent être mises en œuvre, sanctions non-pécuniaires et pécuniaires peuvent sembler être moins en concurrence que complémentaires. Les sanctions non-pécuniaires permettent alors de frapper l'auteur du comportement réprimé sur un point particulièrement sensible alors que les sanctions pécuniaires permettent de réduire ou de faire disparaître ses espoirs d'enrichissement illicite. On peut en ce sens remarquer que les sanctions pécuniaires sont généralement prévues tant de façon alternative que cumulative avec les autres sanctions¹⁷⁵⁵.

B – Les sanctions économiques non-pécuniaires.

440. Dans l'ensemble des cas précédemment envisagés, la sanction, pour être d'une nature variable, conserve néanmoins incontestablement un caractère juridique. Se développent toutefois des mécanismes hors du droit, ou à la frontière du droit, qui se révéleraient particulièrement efficace pour encadrer les comportements en certains domaines. Regroupés sous le terme de *compliance* ces mécanismes oscillent entre droit et non-droit tant au niveau des normes primaires qu'au niveau de leurs sanctions¹⁷⁵⁶. Se dégageant des fonctionnements juridiques habituels, la *compliance* se révélerait d'autant plus efficace qu'elle échappe ainsi aux limites que rencontrent généralement règles et sanctions juridiques. L'étude des spécificités de la notion de *compliance* (1) constitue dès lors un préalable nécessaire à l'étude de son efficacité (2).

¹⁷⁵⁴ On peut ainsi remarquer, concernant toujours les sanctions prononcées par l'autorité de la concurrence, que divers procédés sont prévus pour assurer leur publicité.

¹⁷⁵⁵ CMF, art. L. 612-37 et de façon identique sur ce point L. 621-15 : « La commission des sanctions peut prononcer soit à la place, soit en sus de ces sanctions une sanction pécuniaire ». Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, préc., art. 42-1, 3° : « Une sanction pécuniaire assortie éventuellement d'une suspension de l'édition ou de la distribution du ou des services ou d'une partie du programme ».

¹⁷⁵⁶ M.-L. Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E* 2017, 1522, n° 6 : « le phénomène de *compliance* n'a en lui-même pas de véritable unité de contrainte juridique et qu'il offre une variété de degrés entre rigidité et souplesse. Il n'est ni droit, ni non-droit, il est d'abord un degré de droit ».

441. La définition. Terme anglosaxon difficilement traduisible¹⁷⁵⁷, souvent traduit imparfaitement par « conformité », la *compliance* ne semble pour l'instant pas avoir trouvé place au sein des principaux vocabulaires juridiques. Cette absence se comprend aisément non seulement en raison de la nouveauté de la notion que des difficultés de définition, le terme de *compliance* renvoyant à des réalités extrêmement variables¹⁷⁵⁸. Selon l'approche la plus répandue, la *compliance* « consiste dans la mise en place, la documentation et la justification régulière de la conformité aux normes dans différents domaines du droit, en particulier ceux qui sont soumis à une régulation spécifique ou à une surveillance de risques (fraude et corruption, sécurité physique ou informationnelle, questions éthiques, etc.) ».¹⁷⁵⁹

442. La variabilité. La spécificité principale de la *compliance* tient au fait que les normes auxquelles les acteurs doivent se conformer présentent des natures variables. Elles comprennent des normes juridiques obligatoires et des normes « morales », théoriquement non contraignantes. Dans les deux cas, la notion de *compliance* peut sembler « étrange »¹⁷⁶⁰. Lorsque la *compliance* porte sur des règles juridiques, elle semble « tautologique »¹⁷⁶¹. Il n'est nul besoin de s'engager à respecter le droit pour y être soumis. Inversement, lorsque la *compliance* s'applique à des règles non-juridiques, elle semble dépourvue de sanction.

443. Entre ces deux extrêmes, des situations intermédiaires complexifient encore le tableau de la *compliance*. Sont rattachés à cette notion les cas dans lesquels

¹⁷⁵⁷ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *D.* 2016.1871, I-A-3.

¹⁷⁵⁸ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », art. préc., I-A-4 : « Autant le dire, la *Compliance* est pour l'instant une auberge espagnole. L'un y verra une obligation morale de se soucier de l'humanité, l'autre un engagement unilatéral de ne plus recommencer une faute passée avérée, l'autre un engagement convenu avec le régulateur à la suite d'une sanction, l'autre une obligation spécifique au regard de règles internationales sur les flux financiers, l'autre une obligation spécifique de trouver l'information et de la transmettre aux pouvoirs publics, etc. ».

¹⁷⁵⁹ M.-L. Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », art. préc., n° 1. Pour une définition similaire voir : A. Couret, « Comply or explain : les destinés françaises du principe », *Bull. Joly soc.* 2017/3, p. 202, n°1. La *compliance* est aussi présentée comme renvoyant « au fait de se comporter bien, de prendre spontanément en considération l'intérêt d'autrui » (M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », art. préc., I-A-1). Voir également : A. Gaudemet, « Introduction », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, op. cit., p. 9 : « l'ensemble des processus qui permettent d'assurer la conformité des comportements de l'entreprise, de ses dirigeants et de ses salariés aux normes juridiques et éthiques qui leur sont applicables ».

¹⁷⁶⁰ M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », art. préc., I-A ; M.-L. Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », art. préc., n° 6.

¹⁷⁶¹ *Ibid.*

une personne, de façon plus ou moins libre, définit un ensemble de règles auxquelles elle s'engage à se soumettre. La liberté peut évidemment être totale lorsqu'une personne s'engage sans obligation à respecter certains principes. La liberté est partielle dans la logique du « *comply or explain* ». La personne pourra choisir de ne pas se soumettre à des règles excédant les seules obligations strictement légales, mais devra alors justifier les raisons conduisant à ne pas s'y soumettre. Ainsi, l'article L. 225-37-4, 8° du Code de commerce dispose notamment que lorsqu'une société ne fait pas volontairement référence « à un code de gouvernement d'entreprise élaboré par les organisations représentatives des entreprises » elle indique « les raisons pour lesquelles la société a décidé de ne pas s'y référer ». Elle n'est ainsi pas obligée de se soumettre à des règles plus strictes que celles que lui impose la loi, mais elle s'y trouve fortement incitée et devra justifier du choix contraire¹⁷⁶². L'obligation est parfois plus impérative encore. À titre d'exemple, l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹⁷⁶³ fait obligation aux entreprises d'une certaine importance de mettre en place un ensemble de mesures destinées à lutter contre la corruption. L'absence ou la mise en place de façon insuffisante de telles mesures pourra éventuellement aboutir à une condamnation prononcée par la commission des sanctions de l'AMF¹⁷⁶⁴. Ces deux hypothèses relèvent bien d'une logique auto-normative qui est généralement rattachée à l'idée de *compliance*¹⁷⁶⁵, mais cette auto-normativité est, en partie ou totalement, imposée.

2 – L'efficacité de la *compliance*.

444. La délimitation. De même que la notion de *compliance* présente des éléments de variation importants, les éléments avancés pour démontrer et justifier son efficacité sont multiples. Elle tiendrait d'une part au caractère accepté des règles, l'absence de sanction, au moins juridique, étant de nature à susciter plus aisément l'adhésion¹⁷⁶⁶. Cette explication ne peut pourtant valoir que pour une partie des règles

¹⁷⁶² A. Couret, « Comply or explain : les destinés françaises du principe », art. préc., n° 4.

¹⁷⁶³ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

¹⁷⁶⁴ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 17, V.

¹⁷⁶⁵ M.-L. Augagneur, « La *compliance* a-t-elle une valeur ? », art. préc., n° 3.

¹⁷⁶⁶ A. Couret, « Comply or explain : les destinés françaises du principe », art. préc., n° 12.

réunies sous le vocable de *compliance*. Certains auteurs soulignent ainsi, à l'inverse, que « le caractère préventif des règles de *compliance* et la dissuasion attendue de comportements qui les omettraient ou y contreviendraient tient à la sévérité des sanctions effectivement prononcées et à leurs effets collatéraux : sanctions pécuniaires et/ou privatives de droit – retrait de licences, interdiction d'accès à des marchés internationaux prononcée par le juge ou le régulateur –, mais aussi atteinte à la réputation sur les marchés financiers, à l'égard des consommateurs et de l'opinion publique désormais internationale elle-aussi »¹⁷⁶⁷. Les mécanismes regroupés sous le terme *compliance* se révèlent, au fond, trop variables pour recevoir une analyse unique. Dans le cadre des présents développements, une distinction s'impose selon que la règle de comportement est ou non assortie d'une sanction juridique. Dans le premier cas en effet, et notamment lorsque la sanction prononcée est de nature pécuniaire, celle-ci ne diffère pas des mécanismes étudiés, seules ses conditions de prononcé étant différentes¹⁷⁶⁸. Ce n'est que dans le second cas que les mécanismes regroupés sous le terme de *compliance* révèlent toute leur spécificité.

445. L'atteinte à la réputation, sanction naturelle de la compliance. Selon certaines études, pour 44% des dirigeants, « l'atteinte à la réputation de l'entreprise [serait] la conséquence la plus importante d'un défaut de conformité réglementaire »¹⁷⁶⁹. Cette importance accordée dans les milieux économiques à la réputation constitue sans doute le meilleur vecteur d'efficacité des règles de *compliance* non sanctionnées juridiquement. La pratique du « *name and shame* » fournit un exemple particulièrement frappant de la prise en considération de cette importance¹⁷⁷⁰ qui trouve spécialement à s'exprimer en matière de *compliance*¹⁷⁷¹. Le caractère non-juridique de la sanction lui permet, légitimement, de fonctionner de façon particulièrement souple tout en produisant des conséquences non négligeables pour les entreprises désignées comme adoptant de mauvaises pratiques, pouvant notamment

¹⁷⁶⁷ M.-E. Boursier, « La mondialisation du droit pénal économique », art. préc., II-B

¹⁷⁶⁸ Fonctionnant parfois de façon extraterritoriale (X. Boucobza, Y.-M. Serinet, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *JDI* 2019/1, p. 3, spéc. n° 37 et s.) ou en ignorant l'écran de la personnalité morale (M.-A. Frison-Roche, « Compliance et personnalité », *D.* 2019.604). On peut néanmoins se demander si s'agissant de règles entraînant une véritable répression juridique l'assouplissement du fonctionnement habituel des sanctions est en toute hypothèse légitime.

¹⁷⁶⁹ R.-M. Mélik Parsadaniantz, J. Chuilon-Croll, « Réputation et compliance, quels enjeux ? », *Revue des juristes de sciences Po*, n° 16, 2019, 7.

¹⁷⁷⁰ *Ibid.*

¹⁷⁷¹ *Ibid.* ; M.-E. Boursier, « Les 25 ans de TRACFIN, enjeux et défis », *JCP G* 2016, 3.

avoir un impact économique extrêmement important, au point d'être parfois plus nocives que bon nombre de sanctions pécuniaires.

446. Les risques et les limites. On ne saurait pourtant parer cet aspect de la *compliance* de toutes les vertus. Les limites évoquées au sujet de la répression administrative non-pécuniaire se retrouvent ici. Notamment, ces sanctions seront dépourvues de tout effet en présence d'un acteur n'accordant pas d'importance à sa réputation¹⁷⁷². Plus généralement, un système de régulation des comportements reposant sur la réputation semble présenter *a minima* deux défauts majeurs. D'une part, l'atteinte à la réputation est parfois difficile à contrôler, que ce soit dans son principe ou dans son importance, l'intéressé risquant d'être soumis « au tribunal de l'opinion »¹⁷⁷³ et à ce qu'il véhicule d'irrationnel et de subjectif. D'autre part, certains auteurs ont souligné que l'enjeu de la *compliance* devient, en raison de l'importance de la réputation, moins le respect des règles que l'apparence de ce respect¹⁷⁷⁴.

*

* *

447. Conclusion de section. Au terme de ces développements, l'intérêt des sanctions pécuniaires apparaît certain.

D'une part, la souplesse et la généralité de ces sanctions en font un instrument de régulation d'un nombre potentiellement très important de comportements, ces sanctions apparaissant par ailleurs particulièrement adaptées à la répression de comportements motivés par un but lucratif. À cela s'ajoute que les inconvénients attachés à ces sanctions paraissent relativement faibles. Certains éléments, comme l'interposition d'une personne morale ou la possibilité de répercuter le coût de la sanction, peuvent certes nuire à l'efficacité de ces mécanismes. Ces inconvénients semblent cependant peu importants au regard des avantages que présentent ces sanctions.

¹⁷⁷² Pour prendre un exemple extrême, il a été souligné que « Les sources issues des règles de *compliance* sont par définition inefficaces en matière de criminalité internationale liée à des crimes internationaux et à la criminalité organisée *ex nihilo* pour mener à bien des activités criminelles » (M.-E. Boursier, « La mondialisation du droit pénal économique », art. préc., II).

¹⁷⁷³ -M. Mélik Parsadaniantz, J. Chuilon-Croll, « Réputation et compliance, quels enjeux ? », art. préc..

¹⁷⁷⁴ *Ibid.*

D'autre part, aucune sanction non-pécuniaire extrapénale ne semble pouvoir constituer une alternative pleinement satisfaisante au recours à des sanctions pécuniaires. Les sanctions non pécuniaires peuvent certes se révéler extrêmement efficace ou présenter une souplesse que ne sauraient pas atteindre légitimement les sanctions pécuniaires civiles. Néanmoins, ces différents avantages sont rarement concomitants : les sanctions apparaissant *a priori* les plus énergiques, notamment le retrait d'agrément, ne sauraient être mises en œuvre que dans certains secteurs particuliers. Les sanctions les plus souples, non juridiques, ne sauraient, quant à elles, être toujours pleinement efficaces. Le recours à des sanctions pécuniaires, seules ou conjointement à d'autres sanctions, présente ainsi des éléments d'intérêt spécifiques.

Section II – Les limites des aménagements de la responsabilité civile.

448. Responsabilités pénale et civile montrent, en droit positif, des limites certaines dans la régulation des comportements. Plusieurs propositions formulées dans le sens de l'amélioration du rôle normatif de la responsabilité, principalement civile, méritent de retenir l'attention, tant au stade de la mise en œuvre de l'action en responsabilité civile, des effets directs de celle-ci, que des règles régissant sa charge finale. Ce dernier aspect ayant déjà été abordé, il convient désormais d'envisager la collectivisation de l'action en responsabilité civile (§I) et l'instauration d'une action en suppression des profits (§II).

§I – La collectivisation de l'action en responsabilité civile.

449. Les risques d'ineffectivité de la responsabilité civile. En application des règles de procédure civile, seule la victime est normalement en mesure d'exercer une action en responsabilité civile dans la mesure où elle seule a intérêt à agir au sens de l'article 31 du Code de procédure civile. Si cette origine privée de l'action en responsabilité civile contribue dans une certaine mesure de l'intérêt normatif de cette institution dans la mesure où elle participe ainsi du *private enforcement* des règles juridiques, permettant ainsi de pallier les insuffisances que peut présenter une

répression publique¹⁷⁷⁵, elle peut également conduire à une ineffectivité de la responsabilité civile dans plusieurs cas¹⁷⁷⁶. Tel est notamment le cas lorsque la victime peut craindre les conséquences de son action, comme en matière sociale ou de pratiques restrictives de concurrence. Dans ce dernier domaine, le choix fut alors fait d'attribuer qualité à agir à différentes autorités publiques afin de pallier les risques d'inaction des personnes privées¹⁷⁷⁷.

450. Le principal élément d'ineffectivité de la responsabilité réside pourtant ailleurs. La durée et le coût d'un procès risquent en effet de dissuader les victimes d'agir en réparation de leurs dommages, spécialement lorsque celui-ci est d'un montant peu important. Cette situation n'est pas nécessairement gênante. Il pourrait à l'inverse être problématique que chacun agisse en justice pour toute atteinte même minime à l'un quelconque de ses intérêts reconnus par le droit¹⁷⁷⁸. Ce constat devient nettement plus problématique lorsqu'une personne ou une entreprise enfreint délibérément une règle juridique, profitant de ce que son comportement a peu de chance de faire l'objet d'actions en justice alors même qu'il causerait un dommage global important, soit parce qu'il est supporté par une multitude d'individus, chacun éprouvant un préjudice trop faible pour être encouragé à agir, soit parce que le préjudice est si diffus qu'il est difficile d'en identifier les victimes¹⁷⁷⁹.

451. Les solutions procédurales. Dommages et intérêts punitifs et amende civile peuvent chacun contribuer à apporter une réponse à cette difficulté. Dans la mesure où les dommages et intérêts punitifs permettent à la victime d'obtenir plus que la simple réparation de son préjudice, ils accroissent l'intérêt qu'a celle-ci à agir et permettent d'absorber les éventuels frais qui n'auraient pas été mis à la charge de l'auteur du dommage au titre des dépens ou sur le fondement de l'article 700 du Code

¹⁷⁷⁵ Cf *supra*, n° 359.

¹⁷⁷⁶ Le contentieux privé serait ainsi « peu adapté [...] aux litiges de masse et aux contentieux asymétriques » : R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, Bruxelles, 2014, n° 101.

¹⁷⁷⁷ C. com., art. L.442-6, III, al. 1^{er}, devenu L. 442-4 : « L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'économie ou par le président de l'Autorité de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article ».

¹⁷⁷⁸ Voir par exemple : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 427.

¹⁷⁷⁹ A. Guégan-Lécuyer, *Dommages de masse et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 344 ; R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 843 et 857.

de procédure civile¹⁷⁸⁰. L'amende civile, quant à elle est généralement mise en œuvre par une autorité publique ce qui, indépendamment des inconvénients que présentent les actions répressives publiques, évite les risques d'inertie des personnes privées. Il n'est pourtant pas certain que l'introduction de telles sanctions soit nécessaire.

Dans la mesure où l'ineffectivité de la responsabilité civile en certaines situations tient, pour une part importante, aux difficultés que peut éprouver un individu agissant seul en justice, des évolutions ont eu lieu en matière de procédure afin de minimiser, par une collectivisation des actions en justice, les charges, financières ou non, pesant sur les demandeurs. Ces évolutions se sont produites dans deux directions : par une admission élargie des actions en réparation des préjudices résultant d'une atteinte à un intérêt collectif (A) ou par l'admission des actions en défense d'une somme d'intérêts privés (B).

A – Les actions en défense d'un intérêt collectif.

452. Si la question de la recevabilité des actions en défense d'un intérêt collectif ne consistant pas en une réunion des intérêts individuels de ses membres n'est pas propre à la responsabilité civile, elle y trouve toutefois un de ses principaux champs d'application. Traditionnellement très encadrées, les actions en responsabilité civile résultant d'une atteinte à un intérêt collectif ont connu un large développement depuis la fin du XX^{ème} siècle (1), en partie au moins sous l'impulsion d'une logique répressive (2).

1 – Le développement des actions en défense d'un intérêt collectif.

¹⁷⁸⁰ Certains auteurs ont notamment évoqué l'idée d'une rémunération de la personne qui, en exerçant une action présentant une finalité répressive, servent les intérêts sociaux : M. Vasseur, « Le chèque sans provision en France, 1865-1992 », *JCP G* 1992, I 3562, n° 24 : « la tradition législative française [...] veut que la sanction pécuniaire soit versée au Trésor, dont on remarquera au passage qu'il ne fait rien, mais empêche et profite des émissions sans provision. En un premier temps, la Chancellerie avait imaginé que le montant de la sanction pécuniaire fût versé, en tout ou en partie, au bénéficiaire du chèque, victime de l'émission sans provision, et pourquoi pas également aux banques et à la Banque de France qui font le travail ». Voir également : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 238.

453. Les conditions subjectives d'ouverture de l'action en justice¹⁷⁸¹. À s'en tenir aux conditions subjectives d'ouverture de l'action en justice¹⁷⁸², deux conditions sont classiquement déduites de l'article 31 du Code de procédure civile : l'intérêt et la qualité à agir. Les rapports entre ces deux conditions sont toutefois complexes¹⁷⁸³. Par principe, l'intérêt à agir emporte qualité pour agir¹⁷⁸⁴. Toutefois, par exception, le droit d'agir peut être restreint en cas d'action attitrée¹⁷⁸⁵, ou étendu en cas d'action en défense d'un intérêt déterminé¹⁷⁸⁶. Une personne a intérêt à agir si l'action est susceptible d'améliorer sa condition juridique, que ce soit matériellement, moralement, ou en renforçant sa situation. Cet intérêt doit être positif et concret, né et actuel, direct et personnel et enfin légitime¹⁷⁸⁷. C'est plus spécifiquement la condition d'un intérêt direct et personnel qui retiendra ici l'attention.

454. L'attribution de qualité à agir en défense d'un intérêt collectif. Par hypothèse, celui qui agit en défense d'un intérêt collectif n'agit pas en défense d'un intérêt personnel et direct, et sa demande devrait donc être déclarée irrecevable¹⁷⁸⁸. Pourtant de telles actions sont parfois admises. Elles le sont de façon classique pour les syndicats¹⁷⁸⁹. La situation est plus complexe pour les associations. Il existe des habilitations légales pour les associations à agir en justice, ce qui correspond à une attribution de qualité, dans certains domaines donnés, généralement à certaines

¹⁷⁸¹ Dans la mesure où l'action en défense d'intérêts collectifs est ici envisagée comme alternative aux sanctions pécuniaires civiles, seules les actions en l'absence d'infraction pénale seront envisagées. Ne sera ainsi pas étudiée la faculté reconnue à certaines associations de consommateurs d'exercer au pénal l'action civile dans l'intérêt des consommateurs (C. conso., art. L. 621-1).

¹⁷⁸² D'autres conditions, dites objectives, ne tiennent pas à la personne exerçant l'action. Parmi les conditions évoquées à l'article 122 du Code de procédure on peut par exemple mentionner les conditions tenant au temps de l'action ou à la chose jugée. Voir plus généralement : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 226 et s.

¹⁷⁸³ G. Bolard, « Qualité ou intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, p. 597 ; C. Brenner, « De l'intérêt et de la qualité à agir en justice dans la copropriété des immeubles bâtis », in *Apprendre à douter, question de droit, questions sur le droit, Études offertes à C. LOMBOIS*, Pulim, Limoges, 2004, p. 179, spéc. p. 197.

¹⁷⁸⁴ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 174 et 190 et s.. Selon une autre présentation, l'intérêt serait toujours exigé, la qualité ne le serait que parfois : L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 348.

¹⁷⁸⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 194 et s. ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 362.

¹⁷⁸⁶ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 196 et s. ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 364 et s..

¹⁷⁸⁷ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « HyperCours », Paris, 6^{ème} éd., 2019, n° 84 et s..

¹⁷⁸⁸ Voir par exemple : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 205.

¹⁷⁸⁹ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, op. cit., n° 374 et s. ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 206 et s..

conditions¹⁷⁹⁰. Tel est par exemple le cas pour les associations agréées de consommateur, pour exercer des actions en cessation d'agissements illicites portant atteinte à l'intérêt des consommateurs¹⁷⁹¹. La question est plus ardue en dehors d'une telle habilitation¹⁷⁹².

455. L'extension de la notion d'intérêt à agir et la défense d'intérêts collectifs. Traditionnellement, les associations n'ont, à la différence des syndicats, pas un pouvoir général d'agir en justice en défense d'intérêts collectifs qu'elles sont chargées de défendre¹⁷⁹³. Cette limitation se comprend d'autant mieux que les intérêts collectifs (qu'on qualifiera ci-après d'intérêts purement collectifs car distincts de leur intérêt personnel entendu classiquement ou de ceux de leurs membres¹⁷⁹⁴) que les associations se proposent de défendre se différencient souvent mal de l'intérêt général¹⁷⁹⁵, relevant par principe du monopole du ministère public, dès lors que celles-ci se donnent pour objet la défense de « grandes causes »¹⁷⁹⁶. Outre un élargissement légal des habilitations des associations à agir en défense d'intérêts collectifs¹⁷⁹⁷, la jurisprudence a fini par leur reconnaître une faculté générale d'agir en défense des intérêts collectifs rentrant dans leur objet social par une instrumentalisation de la notion

¹⁷⁹⁰ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, *op. cit.*, n° 212 ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 377.

¹⁷⁹¹ C. conso., art. L. 621-7 et L. 621-8.

¹⁷⁹² Cette question se distingue totalement de l'action en justice de l'association pour défendre ses intérêts personnels qu'autorise de façon générale l'article 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

¹⁷⁹³ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 376 ; E. Lamazerolles, « Droit d'agir en justice d'une association », *D.* 2004.2931.

¹⁷⁹⁴ Un auteur a ainsi opposé l'intérêt collectif comme « somme d'intérêts égoïstes » et comme « somme d'intérêts altruistes » : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 99 à 133. Sur le glissement des intérêts individuels des membres défendus par voie d'action collective à l'action en défense des « intérêts collectifs des membres de l'association » : S. Guinchard, « L'action de groupe en procédure civile française », *RID comp.* 1990, p. 599, n° 34.

¹⁷⁹⁵ S. Pochy-Simon, « Synthèse – Dommage », *J.-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Synthèse 120, LexisNexis, (actualisation juill. 2019), n° 12. *Contra* : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 303-5. Les auteurs considèrent qu'il ne s'agit pas d'un intérêt général mais d'un intérêt spécialisé. Le fait que le principe de spécialité des personnes morales s'oppose effectivement à ce qu'une association poursuive en justice une atteinte quelconque à l'intérêt général en l'astreignant à définir statutairement son objet ne s'oppose sans doute pourtant pas à ce que cet objet relève de l'intérêt général.

¹⁷⁹⁶ L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé*, *op. cit.*, n° 376 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 130 ; S. Guinchard, « Les moralistes au prétoire », in *Jean Foyer auteur et législateur, Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 477 et s., spéc. p. 480. Sur l'action principale au civil du ministère public, voir par exemple : P. Tcherkessoff, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de S. Tzitzis, soutenue le 30 juin 2015, n° 438.

¹⁷⁹⁷ Voir : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 303-3. On peut par exemple mentionner l'article 56 ter de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, transféré à l'article L. 470-7 du Code de commerce par l'ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

d'intérêt à agir¹⁷⁹⁸. Alors que la Cour de cassation s'était toujours montrée opposée à ce type d'action, elle a admis en 2004 la possibilité pour une association d'agir en défense d'un intérêt collectif, lequel était dans les faits de l'espèce manifestement distinct de la simple addition des intérêts de ses membres. Elle affirme toutefois qu'il doit entrer dans son objet social¹⁷⁹⁹, précisant par la suite que ce droit d'agir existait alors même que les statuts ne contiendraient pas de « prévision statutaire expresse quant à l'emprunt des voies judiciaires »¹⁸⁰⁰. Cette évolution procédurale est liée, sur le plan substantiel, à une évolution des caractères exigés du dommage réparable. Si celui-ci doit classiquement être personnel et direct, la Cour de cassation a admis que le préjudice résultant d'une atteinte à l'intérêt défendu par l'association peut être personnel, l'intérêt à agir paraissant, dans une large mesure, déduit du caractère personnel du préjudice subi par l'association¹⁸⁰¹.

2 – La finalité répressive des actions en défense d'un intérêt collectif.

¹⁷⁹⁸ *Contra* : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 303-5 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 128. L'auteur soutient qu'intérêt personnel ne veut pas forcément dire intérêt égoïste et que dès lors que l'intérêt peut être moral on peut avoir un intérêt personnel à agir de façon altruiste. Si cette présentation peut éventuellement se réclamer d'une certaine réalité psychologique, elle est juridiquement condamnable, ôtant toute signification au caractère personnel de l'action.

¹⁷⁹⁹ Civ. 2^{ème}, 27 mai 2004, n° 02-15.700, E. Lamazerolles, « Droit d'agir en justice d'une association », art. préc. ; L. Grosclaude, « Intérêt à agir d'une association », *RTD com* 2004.555 ; *JCP G* 2004, IV 2467. Dans le même sens voir : Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2007 n° 04-20.636, A. Vincent, « Violation d'une règle d'urbanisme et préjudice personnel direct d'une association », *D.* 2007.2535 ; B. Parance, « Une association de protection de l'environnement justifie d'un préjudice personnel direct en relation avec la violation des règles d'urbanisme », *JCP G* 2008, II 10020 ; Ph. Brun, P. Jourdain, « Responsabilité civile », *D.* 2008.2894, I-A-1-b. La Cour de cassation, dans un arrêt du 2 mai 2001 (Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 99-10.709) avait, selon par la même formule que dans l'arrêt de 2004 affirmé que « hors habilitation législative, une association ne peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs qu'autant que ceux-ci entrent dans son objet ». Toutefois les faits de l'espèce ne conduisaient pas nécessairement à conclure à la défense d'un intérêt collectif « général ». Voir ainsi, affirmant que l'action était en défense collective des intérêts individuels des membres : J.-P. Gridel, « Droit du propriétaire de s'opposer à la diffusion de l'image de son bien, action en justice des associations : un arrêt doublement instructif », *D.* 2001.1973.

¹⁸⁰⁰ Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 06-22.038, N. Dupont, « Recevabilité d'une action en justice d'une association non habilitée par la loi », *JCP G* 2008, II 10200 ; Ph. Stoffel-Munck, « Responsabilité civile », *JCP G* 2009, I 123, n° 3 ; X. Delpéch, « Droit d'agir en justice d'une association », *D.* 2008.2437.

¹⁸⁰¹ Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2007, préc. ; P. Jourdain, « Le préjudice personnel d'une association de protection de l'environnement défendant des intérêts collectifs », *RTD civ.* 2008.305 : « La reconnaissance de ce préjudice de l'association conduit à admettre que les associations ont un *intérêt moral* à défendre les intérêts collectifs d'autrui visés dans leurs statuts ». Cette analyse semble bien décrire le raisonnement de la Cour de cassation, celle-ci affirmant dans cet arrêt qu'« Une association peut agir en justice au nom d'intérêts collectifs, dès lors que ceux-ci entrent dans son objet social. Ayant relevé que la juridiction administrative avait déclaré le permis de construire illégal en ce qu'il autorisait des constructions dans une zone inconstructible protégée pour la qualité de son environnement, sur les parcelles classées en espaces boisés à conserver en application de l'article L. 130-1 du Code de l'urbanisme, la cour d'appel a pu retenir que la violation par la Société civile immobilière maître d'ouvrage de l'inconstructibilité des lieux qui portait atteinte à la vocation et à l'activité au plan départemental de l'association, conforme à son objet social et à son agrément, causait à celle-ci un préjudice personnel direct en relation avec la violation de la règle d'urbanisme ».

456. La doctrine semble généralement s'accorder quant au fait que les actions des associations en défense d'un intérêt collectif présentent principalement un intérêt pour l'effectivité des règles juridiques¹⁸⁰². Les actions en réparation d'un préjudice causé par l'atteinte à un intérêt collectif viseraient ainsi davantage à sanctionner le non-respect d'une règle de droit¹⁸⁰³ qu'à aboutir à une véritable indemnisation. La jurisprudence elle-même a semblé un temps partager cette conception, la Chambre criminelle de la Cour de cassation ayant ainsi confirmé l'arrêt d'une cour d'appel ayant retenu qu'octroyer une indemnité à une association en réparation « d'un prétendu dommage moral né de la déconsidération jetée [sur l'association ...] reviendrait à frapper [l'auteur du comportement], indépendamment de la sanction pénale édictée par la loi, d'une véritable peine privée, institution méconnue dans notre droit ». Il convient toutefois d'examiner les raisons avancées au soutien de cette analyse.

457. Le refus d'une analyse fondée sur le caractère extra-patrimonial du préjudice. Monsieur BORÉ, étudiant « la défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires », arrivait à la conclusion que les dommages et intérêts octroyés aux associations en raison d'une atteinte aux intérêts collectifs qu'elles défendent « constituent toujours des dommages et intérêts punitifs »¹⁸⁰⁴. Afin de démontrer cette affirmation l'auteur commence par établir que le préjudice collectif subi par les associations correspond à l'atteinte à la cause que celles-ci défendent¹⁸⁰⁵. Il considère ensuite que la fixation des dommages et intérêts en fonction de la gravité de la faute¹⁸⁰⁶ se justifie dès lors que le préjudice invoqué par les associations défendant des intérêts altruistes est, à l'instar de tous les préjudices extrapatrimoniaux, « rigoureusement inévaluable en argent »¹⁸⁰⁷. L'analyse que livre l'auteur des décisions de justice afin de montrer la prise en compte par les magistrats de la gravité de la faute convainc. La justification que celui-ci avance au soutien de cette pratique semble en revanche trop large. Il est certes d'une logique

¹⁸⁰² Voir par exemple : B. Parance, « Une association de protection de l'environnement justifie d'un préjudice personnel direct en relation avec la violation des règles d'urbanisme », art. préc., 2.

¹⁸⁰³ Voir par exemple : Ph. Stoffel-Munck, « Responsabilité civile », *JCP G* 2009, I 123, *loc. cit.* ; A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 91.

¹⁸⁰⁴ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 313 et s..

¹⁸⁰⁵ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 316.

¹⁸⁰⁶ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 318.

¹⁸⁰⁷ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 317.

élémentaire que ce qui n'a pas de valeur pécuniaire ne peut faire l'objet d'une évaluation en argent, ce qui n'empêche pas que l'attribution d'une somme d'argent puisse être la moins mauvaise compensation qu'ait à offrir le système juridique à celui qui éprouve un préjudice extra-patrimonial. Qu'on trouve cette solution contestable ou non, il est certain que le prononcé de dommages et intérêts moraux, et plus généralement extra-patrimoniaux, par les juges ne procède pas systématiquement d'une idée répressive dans la mesure où ceux-ci accordent aussi bien de tels dommages et intérêts dans le cadre de responsabilités objectives¹⁸⁰⁸.

458. Une objectivisation totale du dommage. Certains éléments, plus spécifiques à « l'indemnisation du préjudice » subi du fait de l'atteinte à des intérêts purement collectifs justifient néanmoins que les sommes attribuées aux associations lorsqu'elles agissent en défense de tels intérêts ne puissent d'aucune façon être regardées comme procédant d'une logique indemnitaire.

459. D'une part la généralité même des intérêts considérés tend à déformer la compréhension civile de la réparation¹⁸⁰⁹. Dès lors en effet que leur proximité avec l'intérêt général est communément admise, les « grandes causes » défendues par les associations correspondant exactement à ce qu'un auteur a qualifié d'intérêt général « ordinaire » lorsque celui-ci résulte « d'une transcendance des intérêts privés »¹⁸¹⁰, la réparation en cause ne peut, sans une certaine artificialité, être regardée comme portant sur un intérêt privé. Or, la réparation des atteintes sociales n'est normalement pas l'affaire de la responsabilité civile mais celle de la responsabilité pénale¹⁸¹¹ ce qui suffit à jeter un doute sérieux sur la nature du phénomène.

460. D'autre part, les distorsions des principes traditionnels de la responsabilité civile ne tiennent pas qu'au caractère extrapatrimonial du préjudice

¹⁸⁰⁸ Cf *supra*, n° 216.

¹⁸⁰⁹ Voir par exemple : Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 238 : « la Cour de cassation tient pour certains quelques préjudices abstraits, par exemple l'atteinte à "l'intérêt collectif des consommateurs", ce qui évoque l'idée de peine privée ».

¹⁸¹⁰ S. Detraz, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », art. préc., n° 9. L'auteur oppose l'intérêt général « ordinaire », correspondant à l'agrégation des intérêts privés des membres du corps social, soit qu'il reproduise exactement à l'échelle sociale les intérêts individuels, soit, situation qui nous intéresse ici, qu'il corresponde à un intérêt dépassant la généralisation de ceux des individus, à l'intérêt général « public », intérêt de la collectivité en tant qu'organisation publique.

¹⁸¹¹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue, op. cit.*, n° 13.

réparé. Si l'on convient que la réparation en argent d'un préjudice extrapatrimonial est toujours artificielle, le préjudice lui-même n'est pas nécessairement fictif. Pour le dire autrement, la fiction porte alors sur l'adéquation entre la mesure de réparation et son objet et non sur l'existence même d'une atteinte aux intérêts de la victime. L'analyse apparaît bien différente lorsqu'est en cause le préjudice moral des personnes morales, groupements juridiques dénués de sentiments et dont la souffrance ne saurait constituer autre chose qu'une illusion anthropomorphique¹⁸¹². Le fait que le préjudice lui-même soit fictif permet que celui-ci soit, à l'image de ce qui a été dit à propos du préjudice nécessaire, déduit du manquement et ainsi rapproché de la figure des peines pécuniaires privées¹⁸¹³.

On pourrait certes objecter que l'attribution aux associations de sommes d'argent permet à celles-ci de recouvrer une partie des frais avancés dans le cadre de la poursuite de l'intérêt par elle défendu, ou plutôt du fait que les frais ainsi avancés par elle ont été rendus inutiles et que l'association doit alors exposer de nouvelles dépenses¹⁸¹⁴. Toutefois cette présentation ne convainc pas. En effet, si elle permet d'expliquer, voire de rendre légitime, l'attribution aux associations des sommes prononcées à l'encontre des auteurs des comportements réprimés, elle ne permet pas, en revanche, de considérer qu'il s'agisse d'une utilisation classique de la responsabilité civile. Ainsi que le souligne Monsieur BORE¹⁸¹⁵, une telle lecture rencontre de fortes difficultés sur le plan de l'évaluation du dommage, ainsi que de la causalité entre les dépenses et le comportement considéré. De plus, elle devrait conduire en présence d'une pluralité d'actions associations, à une multiplication des sommes accordées, ce qui ne semble pas correspondre aux solutions retenues.

¹⁸¹² M. Houssin, « Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales », art. préc. ; C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », art. préc.. Concernant plus spécifiquement le préjudice psychologique : S. Guennad, *Le préjudice moral des personnes morales*, op. cit., n° 62 ; J.-S. Borghetti, « Punitive damages in France », art. préc.. L'auteur souligne que les dommages extra-patrimoniaux des personnes morales ne semblent pas pouvoir avoir de réalité et correspondent en réalité soit à un préjudice patrimonial, soit à l'expression d'une fonction punitive.

¹⁸¹³ Cf *supra*, n° 206 et s. Voir également M.-E. Roujou de Boubée, *Essai sur la notion de réparation*, op. cit., p 129.

¹⁸¹⁴ Voir en ce sens : Crim., 28 nov. 1973, D. 1974.171 : « ... pour condamner le prévenu à des réparations civiles envers le Comité national de défense contre l'alcoolisme et déclarer la Société Martini civilement responsable, l'arrêt relève que la publicité illicite faite en l'espèce allait à l'encontre des efforts entrepris et des dépenses exposés par cette association pour combattre l'abus de boissons alcooliques et a entraîné pour ledit Comité l'obligation d'intensifier sa propagande au prix de nouveaux frais ; - Attendu qu'en l'état de ces constatations qui impliquent l'existence d'un préjudice direct subi par la partie civile du fait des infractions retenues la cour d'appel a, sur ce point, donné une base légale à sa décision ... ». *Adde* : A. Morin, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *REDC* 1991.3, cité par L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., note n° 14, n° 316.

¹⁸¹⁵ L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 316.

461. Une double dénaturation dangereuse. La reconnaissance d'un droit d'action des associations en défense de grandes causes visées par leur objet social constitue incontestablement une piste alternative à l'introduction officielle de dommages et intérêts punitifs. Plusieurs remarques méritent cependant d'être faites. D'une part on ne peut sans doute pas voir dans ce mécanisme une alternative aux sanctions pécuniaires civiles dans la mesure où, conduisant à une véritable déformation répressive de l'idée d'indemnisation, il est lui-même susceptible d'être qualifié de peine pécuniaire privée. D'autre part, il n'est pas certain que cette solution, en apparence plus mesurée que l'introduction officielle de sanctions pécuniaires civiles, lui soit pourtant préférable. Outre les difficultés inhérentes à une répression officieuse¹⁸¹⁶, elle conduit à dénaturer tout à la fois les principes de la responsabilité civile et de procédure civile¹⁸¹⁷. Il faut cependant reconnaître à cette solution une utilité pratique difficilement contestable : en dépit du caractère grossier de l'illusion, elle permet de maintenir un semblant d'apparence indemnitaire. On peut donc penser que la Cour européenne des droits de l'homme ou le Conseil constitutionnel n'oseraient s'aventurer, au moins pour l'instant, à appliquer les principes protecteurs du droit pénal à ces pratiques. On peut cependant être circonspect quant au fait d'encourager un mécanisme dont l'intérêt principal semble être de réaliser une fraude aux droits fondamentaux.

B – Les actions en défense d'une somme d'intérêts individuels.

462. L'incompatibilité de l'action en défense d'une somme d'intérêts individuels avec les principes gouvernant le droit d'agir en justice. De la même façon que l'action en défense d'un intérêt collectif, l'action en défense d'une somme d'intérêts individuels, et plus généralement l'action en défense de l'intérêt d'autrui, devrait être irrecevable dans la mesure où l'intérêt à agir ne saurait alors par définition être personnel. Cette prohibition de principe ne s'oppose évidemment pas à ce qu'une

¹⁸¹⁶ Cf *supra*, not. n° 367.

¹⁸¹⁷ Concernant les atteintes aux principes de procédure civile : S. Guinchard, « Les moralistes au prétoire », art. préc., p. 489 et « L'action de groupe en procédure civile française », art. préc., n° 39 et s..

personne donne mandat d'agir en justice à un tiers¹⁸¹⁸, ni à ce qu'une pluralité de demandeurs donne mandat à une même personne d'agir en justice¹⁸¹⁹. Il s'agit alors toutefois d'une question de pouvoir et non de droit d'agir.

463. Concernant le droit d'agir cette fois, plusieurs exceptions ont vu le jour concernant l'impossibilité d'action de groupements¹⁸²⁰ en défense des intérêts d'autrui. Outre l'hypothèse particulière de l'action syndicale en défense des intérêts personnels des salariés¹⁸²¹ et de la qualité donnée à certaines associations pour agir en faveur des victimes de discrimination¹⁸²², la défense collective des intérêts individuels a notamment été rendue possible, sur le plan civil, par la jurisprudence dite des ligues de défense¹⁸²³, par laquelle la Cour de cassation a admis que l'association « peut faire par voie d'action collective, ce que chacun de ses membres peut faire à titre individuel »¹⁸²⁴. Ces différentes exceptions n'ont pourtant pas semblé suffisantes à une partie de la doctrine, suivie en cela par une volonté politique¹⁸²⁵, désireuse que soit introduite une « *class action* à la française »¹⁸²⁶. Après une longue résistance, une telle

¹⁸¹⁸ Du moment que l'identité du mandant apparaît clairement en vertu du principe « nul ne plaide par procureur ». Cette possibilité de donner mandat de représenter en justice est notamment impliquée par l'article 117 alinéa 4 du Code de procédure civile, dans la mesure où cet alinéa sanctionne « le défaut de capacité ou de pouvoir d'une personne assurant la représentation d'une partie en justice », ce qui implique qu'une telle représentation soit possible.

¹⁸¹⁹ Crim., 20 mai 2015, n° 14-81.147, J.-B. Perrier, « L'association, le mandat de représentation et le juge pénal », *JCP G* 2015, 831 ; A.-S. Chavent-Leclère, « La recevabilité de l'«action de groupe» d'une association », *Procédures* 2015, comm. 237. En l'espèce l'association ayant agi en restitution de sommes confisquées avait reçu des mandats individuels, spéciaux et exclusifs de la part de chacun de ses 55 114 adhérents. Ce cas a certes été spécialement envisagé dans le cadre de l'action en représentation conjointe introduite par la loi n° 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs, dite loi NEIERTZ, et désormais régie par les articles L. 622-1 et suivant du Code de la consommation. Le mécanisme reposant sur des mandats individuels et spéciaux ne présentent toutefois aucune réelle spécificité, si ce n'est la contrainte que l'association soit agréée et reconnue représentative sur le plan national, expliquant ainsi l'échec de l'institution. En dépit de son faible succès (L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 384 ; M. Faillet-Sblandano, « Les actions de groupe in futurum », *LPA* 2016/105, p. 6), ce mécanisme fut étendu en matière boursière (CMF, art. L. 452-2 et s.) et environnementale (C. env., art. L. 142-3).

¹⁸²⁰ La question de l'action en défense de l'intérêt d'autrui par une personne physique, que ce soit par une action oblique ou plus généralement par une action de substitution (L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 388 et 389), ne sera pas évoquée, s'éloignant trop des présents développements.

¹⁸²¹ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 215 ; S. Guinchard, « L'action de groupe en procédure civile française », art. préc., n° 17 et s. ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 382.

¹⁸²² C. trav., art. L. 1134-3 et CPC, art. L. 1263-1. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 219 ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 385.

¹⁸²³ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 218 ; S. Guinchard, « L'action de groupe en procédure civile française », art. préc., n° 20 et s. ; L. Cadiet, E. Jeuland, *Droit judiciaire privé, op. cit.*, n° 383.

¹⁸²⁴ Voir déjà : Civ., 23 juill. 1918, *D.* 1918.1.52 ; S. 1921.1.289.

¹⁸²⁵ S. Ben Hadj Yahia, « Action de groupe », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015 (actualisation déc. 2019), n° 2 et s..

¹⁸²⁶ Voir par exemple : S. Guinchard, « Une *class action* à la française ? », *D.* 2005.2180 ; D. Houtcieff, « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA* 2005/115, p. 42 ; D. Fenouillet, « Class actions, suite ... au prochain numéro ? », *RDC* 2006, p. 380.

action a été admise en certaines matières sous la forme d'actions de groupe (1). La dimension punitive du mécanisme n'est cependant pas évidente à première vue, ce qui traduit plus généralement une incertitude concernant les finalités de l'action (2). Il semble pourtant que l'action de groupe puisse être utilisée comme instrument de moralisation des comportements.

1 – L'admission progressive des actions de groupe.

464. Une introduction contestée. L'action de groupe a été définie comme « l'action introduite par un représentant pour le compte de toute une classe de personnes ayant des droits identiques ou similaires à faire valoir en justice et aboutissant au prononcé d'un jugement ayant autorité de chose jugée à l'égard de tous les membres de cette classe »¹⁸²⁷. Une telle action a été présentée comme un mécanisme clé dans la lutte contre les dommages de masse¹⁸²⁸, notamment lorsque, les préjudices individuels étant très faibles, la probabilité que les victimes exercent individuellement des actions en justice est quasi-nulle¹⁸²⁹, permettant ainsi au fautif de réaliser une faute lucrative. L'introduction d'une telle action en droit français a des partisans de longue date¹⁸³⁰. Toutefois de nombreux arguments, tant techniques¹⁸³¹, telle la question de la compatibilité du mécanisme avec le principe « nul ne plaide par procureur »¹⁸³², que d'opportunité¹⁸³³, notamment par rapport à la peur d'une dérive à l'américaine – réelle

¹⁸²⁷ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, *op. cit.*, n° 220.

¹⁸²⁸ S. Guinchard, « Une *class action* à la française ? », art. préc. ; C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *loc. cit.*

¹⁸²⁹ S. Ben Hadj Yahia, « Action de groupe », art. préc., n° 42.

¹⁸³⁰ Voir déjà : J. Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La Documentation française, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, 1985 ; F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985.247.

¹⁸³¹ Pour un exposé rapide : G. Cerutti et M. Guillaume (prés.), *Rapport sur l'action de groupe*, Rapport remis le 16 décembre 2005 à Thierry BRETON, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et Pascal CLEMENT, ministre de la justice, Garde des sceaux, spéc. p. 17. Pour une relativisation de ces difficultés, voir notamment : S. Guinchard, « Une *class action* à la française ? », art. préc. ; D. Houtcieff, « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar », art. préc., II-A ; R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 874.

¹⁸³² Étant entendu que les difficultés soulevées par ce principe quant à l'introduction d'actions de groupe sont différentes selon qu'on y voit une règle de fond ou de forme : D. Houtcieff, « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar », art. préc.. Voir également sur la question : F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », art. préc., n° 3 et s..

¹⁸³³ G. Cerutti et M. Guillaume (prés.), *Rapport sur l'action de groupe*, *op. cit.*, p. 18 ; E. Claudel, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.* 2014.339.

ou fantasmée¹⁸³⁴ – de notre procédure civile, ont été opposés à l’admission de l’action de groupe. Ceux-ci n’ont toutefois pas empêché son introduction en droit positif¹⁸³⁵.

465. L’expérimentation en droit de la consommation. Après plusieurs projets avortés¹⁸³⁶, l’action de groupe fut finalement introduite en droit français par la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation¹⁸³⁷. Le domaine du droit de la consommation est généralement jugé être « le cadre le plus adéquat pour expérimenter l’action de groupe »¹⁸³⁸, principalement en ce que l’action de groupe permettrait de briser l’« isolement des consommateurs dans la réparation collective de leurs dommages et de créer un mécanisme efficace d’indemnisation »¹⁸³⁹. La transposition pure et simple du modèle américain ayant été jugée impossible, ou du moins peu souhaitable, c’est à une adaptation qu’a procédé cette loi.

466. Le cadre de l’action. L’action de groupe, telle qu’instaurée en 2014, ne peut être exercée que par « une association de défense des consommateurs représentative au niveau national et agréée »¹⁸⁴⁰, à l’exclusion notamment des avocats¹⁸⁴¹, afin « d’obtenir la réparation des préjudices individuels subis par des consommateurs placés dans une situation similaire ou identique et ayant pour cause commune un manquement d’un ou des mêmes professionnels à leurs obligations légales ou contractuelles »¹⁸⁴², que celui-ci ait lieu à l’occasion de la vente de biens, de la fourniture de services ou de pratiques anticoncurrentielles. Dans ce dernier cas, la

¹⁸³⁴ D. Houtcieff, « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar », art. préc., II-B. Concernant une analyse des intérêts ou des faiblesses de l’action existant en droit québécois, voir par exemple : R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé, op. cit.*, n° 873.

¹⁸³⁵ Aux arguments avancés en faveur de l’introduction de l’action de groupe et à la volonté politique de consacrer une telle action, il faut ajouter une pression européenne en ce sens : S. Ben Hadj Yahia, « Action de groupe », art. préc., n° 8.

¹⁸³⁶ Concernant les projets d’avril 2006 voir par exemple : G. Jahan, « Doit-on importer les class actions en France pour mieux défendre le consommateur », *GP* 2006/292, p. 20, III. Voir antérieurement : J. Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation, op. cit.*, p. 131. Ces multiples tentatives ont conduit certains auteurs à qualifier l’introduction d’une action de groupe de « serpent de mer » : E. Claudel, « Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1^{re} partie] », art. préc., n° 3. Pour une présentation générale voir par exemple : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, op. cit.*, n° 403 et s..

¹⁸³⁷ Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation.

¹⁸³⁸ J. Calais-Auloy, « La class action et ses alternatives en droit de la consommation », *LPA* 2005/115, p. 29.

¹⁸³⁹ O. Akyurek, « La class action enfin adoptée ! », *LPA* 2014/60, p. 3.

¹⁸⁴⁰ La restriction à des associations agréées était d’autant plus stricte qu’au moment de l’adoption du texte, seules 15 associations disposaient d’un tel agrément : K. Haeri, B. Javaux, « L’action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G* 2014, I 375.

¹⁸⁴¹ Rédaction Lextenso, « Class action française : les avocats au bord du chemin », *GP* 2013/127 ; S. Amrani-Mekki, « Action de groupe, mode d’emploi », *Procédures* 2014, étude 16, n° 8 ; S. Ben Hadj Yahia, « Action de groupe », art. préc., n° 26.

¹⁸⁴² C. conso., art. L. 623-1, al. 1^{er} (anciennement L. 423-1, al. 1^{er}).

responsabilité du professionnel ne peut être retenue « que sur le fondement d'une décision prononcée à l'encontre du professionnel par les autorités ou juridictions nationales ou de l'Union européenne compétentes, qui constate les manquements et qui n'est plus susceptible de recours pour la partie relative à l'établissement des manquements »¹⁸⁴³. Enfin « l'action de groupe ne peut porter que sur la réparation des préjudices patrimoniaux résultant des dommages matériels subis par les consommateurs »¹⁸⁴⁴. Une fois mise en œuvre, l'action se décompose alors en deux phases¹⁸⁴⁵.

467. Le jugement sur la responsabilité¹⁸⁴⁶. À s'en tenir à la procédure classique¹⁸⁴⁷, l'association, qui n'a pas à recevoir mandat de la part de consommateurs, poursuit un jugement sur la responsabilité du professionnel. Dans l'hypothèse où le juge admet la recevabilité de la demande, il rend un jugement « au vu des cas individuels présentés par l'association requérante [et] définit le groupe des consommateurs à l'égard desquels la responsabilité du professionnel est engagée et en fixe les critères de rattachement »¹⁸⁴⁸. En revanche, s'il retient la responsabilité du professionnel, il définit les préjudices susceptibles d'être réparés, leur montant ou leur mode de calcul¹⁸⁴⁹. Le juge statue donc dans la même décision sur la recevabilité de la demande, sur le principe de la responsabilité et sur ses conséquences. Le juge indique également, s'il retient la responsabilité du professionnel, les mesures adaptées à assurer la publicité de la décision une fois celle-ci devenue définitive¹⁸⁵⁰ ainsi que les modalités d'adhésion au groupe¹⁸⁵¹, laquelle n'est évidemment pas obligatoire. C'est donc un système « d'*opt in* » qu'a choisi le législateur français. D'une façon surprenante, l'autorité de la chose jugée de ce jugement, de même que l'autorité de chose jugée des jugements intervenant pour trancher des difficultés de mise en œuvre du jugement sur

¹⁸⁴³ C. conso., art. L. 623-24.

¹⁸⁴⁴ C. conso., art. L. 623-2. Pour une analyse des préjudices ainsi visés et de la légitimité de la limitation : M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc..

¹⁸⁴⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 2006. Elle peut également être décomposée en trois phases : S. Amrani-Mekki, « Action de groupe, mode d'emploi », art. préc., n° 21 et s.. Inversement il a été soutenu que l'action de groupe « ne comporte en réalité qu'une phase unique » : N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014.947, n° 8.

¹⁸⁴⁶ Pour un exposé plus détaillé, voir par exemple : C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 2006 et s..

¹⁸⁴⁷ Sur la procédure simplifiée voir : C. conso., art. L. 623-14 et s..

¹⁸⁴⁸ C. conso., art. L. 623-4. S. Amrani-Mekki, « Action de groupe, mode d'emploi », art. préc., n° 23.

¹⁸⁴⁹ C. conso., art. L. 623-5.

¹⁸⁵⁰ C. conso., art. L. 623-7. E. Claudel, « Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », art. préc..

¹⁸⁵¹ C. conso., art. L. 623-8.

la responsabilité, est subordonnée à l'indemnisation, liant ainsi autorité de chose jugée du jugement et exécution¹⁸⁵².

468. La mise en œuvre du jugement sur la responsabilité¹⁸⁵³. La seconde phase de l'action de groupe se limite à une mise en œuvre du jugement sur la responsabilité. Si aucune difficulté ne se présente au stade de la mise en œuvre du jugement sur la responsabilité « le professionnel procède à l'indemnisation individuelle des préjudices subis par chaque consommateur, dans les conditions, limites et délais fixés par le jugement »¹⁸⁵⁴, le juge ayant statué sur la responsabilité étant compétent pour trancher les litiges s'élevant à l'occasion de la mise en œuvre du jugement¹⁸⁵⁵. Il est à cet égard prévu que « l'association requérante représente les consommateurs membres du groupe qui n'ont pas été indemnisés par le professionnel dans les délais fixés, aux fins de l'exécution forcée du jugement »¹⁸⁵⁶ de condamnation. L'articulation des deux phases peut sembler particulièrement délicate, ce qui faisait dire à la circulaire d'application de la réforme¹⁸⁵⁷ que l'action changerait de nature d'une phase à l'autre. Dans la première phase, il y aurait attribution de qualité à l'association pour exercer une action personnelle alors que dans la seconde phase l'association exercerait l'action des consommateurs par représentation. Outre que cette lecture des textes peut sembler contestable, elle constituerait une hybridation particulièrement étrange¹⁸⁵⁸, ce qui témoigne en tout cas des incertitudes entourant ce mécanisme.

469. La loi de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle, entre élargissement et évolution. La loi du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle a étendu le champ d'application des actions de groupe à la lutte contre les discriminations et contre les discriminations dans les relations de travail, à la réparation des préjudices environnementaux, au droit de la santé publique et à la

¹⁸⁵² C. conso., art. L. 623-28. C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 2012 ; N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », art. préc., n° 10.

¹⁸⁵³ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 2008 et s..

¹⁸⁵⁴ C. conso., art. L. 623-18.

¹⁸⁵⁵ C. conso., art. L. 623-19.

¹⁸⁵⁶ C. conso., art. L. 623-20.

¹⁸⁵⁷ Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation et du décret n° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif à l'action de groupe en matière de consommation (http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/JUSC1421594C.pdf).

¹⁸⁵⁸ Cette figure ne saurait en effet être comparée avec un jugement mixte, lequel ne permet pas d'expliquer le bénéfice que tirent, dans la seconde phase, des personnes qui ne sont, par hypothèse, pas censées être parties à un jugement rendu sur la base d'une action personnelle de l'association.

protection des données personnelles¹⁸⁵⁹. Si cette loi a conservé la structure générale instaurée en 2014, elle apporte cependant plusieurs modifications importantes, faisant résolument de l'action de groupe un instrument de régulation des contentieux de masse.

Ces évolutions se caractérisent notamment par une ouverture élargie de l'action de groupe¹⁸⁶⁰. L'alinéa 1 de l'article 62 de la loi du 18 novembre 2016 dispose ainsi que l'action de groupe est ouverte « lorsque plusieurs personnes sont placées dans une situation similaire » – la référence à une situation identique est abandonnée, mais on peut néanmoins se demander s'il s'agit là d'un véritable élargissement dans la mesure où le modèle originel de l'action de groupe visait la « situation similaire ou identique » de plusieurs victimes qui « subissent un dommage causé par une même personne ». Il s'agit cette fois d'un véritable élargissement dans la mesure où l'action n'est plus limitée à la réparation des seuls dommages matériels. De plus, l'article 63 de la loi ouvre l'action non seulement aux associations agréées mais également aux « associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins dont l'objet statutaire comporte la défense d'intérêts auxquels il a été porté atteinte ». Au stade de la mise en œuvre du jugement de responsabilité, la loi du 18 novembre 2016 procède également à certaines évolutions, lesquelles semblent largement en lien avec l'élargissement des préjudices réparables par cette action. Cette loi permet ainsi au juge de décider¹⁸⁶¹ la mise en œuvre d'une procédure collective de liquidation des préjudices¹⁸⁶² plutôt que d'une procédure individuelle¹⁸⁶³.

2 – Des finalités incertaines.

470. La dimension répressive ou normative de l'action de groupe apparaît moins évidente que pour les actions des associations en défense de grandes causes.

471. Le respect des principes de la responsabilité civile. D'une part, si l'action de groupe altère indéniablement certaines notions de procédure civile, elle

¹⁸⁵⁹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 60.

¹⁸⁶⁰ Cet élargissement passe notamment par une multiplication des fonctions, l'action de groupe pouvant dans sa version renouvelée viser, outre la réparation, la cessation de l'illicite (Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 62, al. 2).

¹⁸⁶¹ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 68.

¹⁸⁶² Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 72 et 73.

¹⁸⁶³ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 69 à 71.

laisse *a priori* intact le fonctionnement de la responsabilité civile¹⁸⁶⁴. L'effet normatif de la responsabilité est certes renforcé si des actions qui n'auraient pas été intentées en l'absence d'action de groupe le sont. Toutefois, les sommes que le défendeur peut être condamné à payer correspondent *a priori* strictement à l'indemnisation d'un dommage tout à fait réel, lequel constitue la limite et la mesure des sommes accordées. De ce fait, la dimension indemnitaire du mécanisme semble première par rapport à son aspect répressif. Tel est manifestement le cas en matière d'actions de groupes intentées sur le fondement des articles L. 623-1 et suivants du Code de la consommation dans la mesure où les seuls préjudices indemnisés sont les préjudices patrimoniaux résultant de dommages matériels, dont l'appréciation et la réparation en argent semblent les plus objectives et les plus aisées¹⁸⁶⁵.

472. La multiplicité des finalités poursuivies. D'autre part, alors que les solutions retenues en matière d'action des associations en défense de grandes causes ne semblaient se justifier que par une finalité de moralisation des comportements et d'effectivité des règles de droit, tel n'est pas le cas des actions de groupe. L'introduction de telles actions peut en effet se justifier par la poursuite de différentes finalités, plus ou moins clairement affichées. La raison avancée par l'exposé des motifs du projet de loi ayant abouti à la loi du 17 mars 2014¹⁸⁶⁶ pour justifier la nécessité d'introduire au sein de notre système juridique est qu'« eu égard à la faiblesse des montants sur lesquels portent ces litiges, les consommateurs renoncent souvent à toute action individuelle sur le terrain judiciaire. Néanmoins, compte tenu de l'ampleur des pratiques en cause, le nombre des victimes concernées peut être considérable. Il y a donc bien, aujourd'hui, une demande de droit importante et insatisfaite. L'action de groupe, en permettant de regrouper dans une seule procédure les demandes de réparation émanant d'un grand nombre de consommateurs, qui se trouvent dans des situations de fait et de droit identiques ou très largement similaires, victimes des pratiques illicites ou abusives d'un

¹⁸⁶⁴ *Contra* : M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc.. Concernant l'action de groupe en matière de consommation l'auteur parle d'une « responsabilité déformée », en raison de la limitation de l'action de groupe à la réparation des préjudices patrimoniaux découlant de dommages matériels, ce qui serait contraire au système de responsabilité français dans lequel la réparation n'est pas hiérarchisée ou limitée en fonction du type de préjudice. La critique peut cependant sembler excessive dans la mesure où l'action de groupe ne fait qu'ouvrir une voie procédurale spécifique pour la réparation de certains préjudices sans interdire la réparation des autres préjudices à travers l'exercice d'actions plus classiques.

¹⁸⁶⁵ Cette limitation se comprend relativement bien dans la perspective de lutte contre les préjudices de masse, les préjudices corporels et moraux étant par hypothèse particuliers.

¹⁸⁶⁶ Projet de loi relatif à la consommation, Assemblée nationale n° 1015, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 2 mai 2013, p. 3.

même professionnel, apparaît comme la forme d'action en réparation la plus adaptée pour le traitement des contentieux de consommation de masse ». C'est donc avant tout une question d'accès à la justice et à la réparation qui est mise en avant pour justifier cette action, celle-ci permettant une réduction des coûts individuels de l'action en justice¹⁸⁶⁷.

On pourrait toutefois s'étonner, si tel était réellement l'unique objectif poursuivi, que l'action de groupe ne soit pas limitée à des préjudices d'un montant faible, que la loi n'ait pas instauré un plafond au-delà duquel les consommateurs devraient exercer seuls leur action en responsabilité¹⁸⁶⁸. Un deuxième enjeu qui ressort de l'exposé des motifs est celui de gestion des contentieux de masse. Si cet aspect n'est clairement pas absent de l'action de groupe instaurée en 2014, les modifications apportées par la loi pour la modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle¹⁸⁶⁹ ont sans aucun doute accentué cette dimension, faisant avant tout de l'action groupe un instrument de gestion des contentieux de masse.

473. Le caractère répressif de l'action de groupe. Au-delà de cette double finalité affichée, l'idée selon laquelle l'action de groupe présenterait une réelle dimension répressive est ancienne. Déjà en 1985, Monsieur CABALLERO soulignait qu'« en définitive, la seule critique en partie fondée [à l'encontre de l'action de groupe] est celle du caractère punitif de l'action »¹⁸⁷⁰. Toutefois les propos de l'auteur semblaient principalement motivés par des mécanismes qui, telles les « réparations fluides »¹⁸⁷¹, affectent le droit substantiel de la responsabilité d'une façon que ne permet pas les modèles d'action de groupe introduits en droit français.

474. Le caractère répressif de l'action de groupe en général. Ces actions de groupe ont pourtant été perçues par certains auteurs comme présentant une fonction punitive, voire « une fonction exclusivement punitive »¹⁸⁷². Cette analyse s'appuie sur les raisons médiate de vouloir lutter contre l'inaction des victimes en cas de préjudice d'un montant

¹⁸⁶⁷ B. Deffains, « Les effets bénéfiques des actions de groupe : une approche économique », in *Vers une action de groupe ... à la française*, *Concurrences* 2008/2, p 34 et s..

¹⁸⁶⁸ On peut noter qu'à l'inverse la *class action* américaine a pu être, de façon surprenante, limitée au niveau fédéral à un préjudice minimal pour chacun des membres de la *class* (F. Caballero, « Plaidons par procureur ! », art. préc., n° 20), ce qui révèle bien *a minima* que là ne réside pas le seul intérêt possible de ce type d'actions.

¹⁸⁶⁹ Cf *supra*, n° 469.

¹⁸⁷⁰ F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », art. préc., n° 30.

¹⁸⁷¹ F. Caballero, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », art. préc., n° 21. Les « *fluid recovery* » sont prononcées dans des actions en dommages et intérêts dans lesquels l'ensemble des membres du groupe n'est pas précisément identifiable. En ce cas les juges ont pu prononcer des modalités de réparation en partie détachées des victimes effectives des comportements. Le modèle de l'*opt in* choisit par le législateur français est évidemment incompatible avec un tel mécanisme.

¹⁸⁷² M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc..

faible. Autrement dit : « quelles raisons motivent la volonté du législateur de lutter contre cette inertie ? » Concernant l'action de groupe instaurée en 2014, Madame BACACHE affirmait que « si l'action contribue à assurer aux victimes un accès effectif à la justice, on peut se demander si elle poursuit vraiment un objectif indemnitaire, tant les préjudices matériels individuels peuvent être insignifiants. En réalité, l'action de groupe permet surtout dans cette hypothèse de sanctionner les comportements fautifs du responsable. Elle participe à la moralisation de la vie des affaires, à l'assainissement du marché et renforce la confiance dans l'économie dans un objectif de croissance par la consommation. L'action de groupe contribue ainsi à promouvoir la fonction punitive, dissuasive et préventive de la responsabilité civile. On change alors de perspective : on passe d'une logique de protection des victimes à une logique de marché, de régulation, de sanction et d'effectivité du droit »¹⁸⁷³. L'action de groupe permettrait ainsi une moralisation des comportements, luttant contre un type spécifique de fautes lucratives¹⁸⁷⁴, dans lequel le profit est réalisé grâce à l'inaction des victimes et permettrait à la responsabilité civile de jouer le rôle d'une véritable alternative normative à la responsabilité pénale¹⁸⁷⁵. Cet aspect de l'action de groupe est d'autant plus sensible que l'action de groupe instaurée par la loi du 17 mars 2014 suppose un fait du professionnel de nature à engager sa responsabilité¹⁸⁷⁶ et celles créées par la loi du 18 novembre 2016 supposent un manquement de la part de la personne visée par l'action de groupe¹⁸⁷⁷. Ce n'est donc *a priori* qu'en cas de faute qu'une action de groupe peut être intentée.

À ces observations, certains auteurs ont ajouté la tonalité globalement répressive de la loi du 17 mars 2014 ayant introduit la première action de groupe¹⁸⁷⁸. Toutefois, si l'observation est justifiée, elle ne constitue vraisemblablement pas une preuve déterminante du caractère répressif de l'action de groupe.

¹⁸⁷³ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc.. Voir également H. Lécuyer, « La sanction civile dans la loi Hamon », in *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », vol. 12, Paris, 2017, p. 171 et s., spéc. p. 179.

¹⁸⁷⁴ V. Rebeyrol, « La nouvelle action de groupe », *D.* 2014.940.

¹⁸⁷⁵ Plusieurs auteurs ont pu souligner la porosité entre la responsabilité pénale et la responsabilité civile. Voir par exemple : M. Lipskier, « Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des class actions en droit français ? », *JCP E* 2005, 675, n° 11 : « Les types de fautes, contractuelles ou quasi-délictuelles, qui donnent lieu aux États-Unis à des *class actions*, existent aussi en France. [Elles] tombent sous le coup du droit pénal, faute de pouvoir être adéquatement appréhendées par la procédure civile » : R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 128.

¹⁸⁷⁶ C. conso., art. L. 622-1.

¹⁸⁷⁷ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, art. 62.

¹⁸⁷⁸ M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc..

475. Les spécificités de l'action de groupe à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles. Cette dimension serait particulièrement visible dans le cadre de l'action de groupe ouverte aux associations agréées de consommateurs en cas de pratiques anticoncurrentielles. Le fait que les consommateurs ne soient généralement que des victimes indirectes des pratiques anticoncurrentielles¹⁸⁷⁹ a conduit certains auteurs¹⁸⁸⁰ mais aussi certaines autorités officielles¹⁸⁸¹ à considérer que cette action de groupe était particulièrement tournée vers la dissuasion et la répression de ces pratiques, l'objectif n'étant « plus de protéger le consommateur, mais d'[utiliser l'action de groupe] au service de la répression »¹⁸⁸².

476. Une indemnisation s'inscrivant dans le prolongement de la répression. De plus, le caractère répressif de l'action de groupe exercée à l'encontre de pratiques anticoncurrentielles ressortirait de la dépendance dans laquelle le législateur a placé celle-ci par rapport aux décisions de l'Autorité de la concurrence ou des juridictions compétentes en ce domaine¹⁸⁸³, ce qui transformerait cette action en un simple moyen de renforcer l'efficacité de la sanction concurrentielle¹⁸⁸⁴. En effet, l'action de groupe ne peut en ce cas être exercée que sur le fondement d'une telle décision¹⁸⁸⁵, laquelle emporte par ailleurs une présomption irréfragable de faute de la part de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle, ce qui crée un cas surprenant d'autorité de la chose décidée par une autorité administrative au civil. Originellement limitée au cadre de

¹⁸⁷⁹ Voir par exemple : A. Bazot, R.-C. Mader, « Le droit de la concurrence constitue-t-il une réponse adaptée aux besoins des consommateurs », in *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ?*, RLC 2006/9, p. 150. L'auteur reconnaît que l'intérêt du consommateur est impliqué, en matière de concurrence, « en second temps ou par ricochet ».

¹⁸⁸⁰ Voir notamment : N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », art. préc., n° 14 et s. ; D. Mainguy, « A propos des propositions du "rapport Attali" et des projets de réforme du droit de la concurrence », *D.* 2007.3019, n° 14.

¹⁸⁸¹ Conseil de la concurrence, *Avis du 21 septembre 2006 relatif à l'introduction de l'action de groupe en matière de pratiques anticoncurrentielles*, spéc. n° 25 : « Deux raisons principales militent en faveur du renforcement des actions civiles et du développement des actions de groupe en matière de concurrence : une meilleure réparation des préjudices subis par les consommateurs et leur association à la politique de concurrence dont le caractère dissuasif en serait globalement renforcé (nous soulignons) » et n° 31 : « À côté des sanctions publiques [...] les actions de groupe peuvent être un facteur de dissuasion supplémentaire, puisqu'elles augmentent le risque financier pour l'auteur de l'infraction ».

¹⁸⁸² N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », art. préc., n° 15. Dans le même sens A. Bazot, R.-C. Mader, « Le droit de la concurrence constitue-t-il une réponse adaptée aux besoins des consommateurs », art. préc. : « Mais surtout un droit sans procédure adaptée pour sa mise en œuvre est un droit affaibli. L'introduction dans le Code de procédure civile de l'action collective permettrait de donner au droit de la concurrence une force de dissuasion qui lui manque encore ».

¹⁸⁸³ S. Pietrini, L. Nicolas-Vullierme, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », in *L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques concurrentielles*, *op. cit.*, p. 299, n° 33.

¹⁸⁸⁴ N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », art. préc., n° 14.

¹⁸⁸⁵ Cf *supra*, n° 466. *Adde* : S. Pietrini, L. Nicolas-Vullierme, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », art. préc., n° 31.

l'action de groupe¹⁸⁸⁶, cette présomption a été étendue par l'ordonnance du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles¹⁸⁸⁷ à l'ensemble des actions en responsabilité, de groupe ou individuelles, découlant de telles pratiques¹⁸⁸⁸. Cette évolution inscrit plus globalement la responsabilité civile en matière de concurrence dans un mouvement d'articulation entre *private* et *public enforcement* voulu au niveau européen¹⁸⁸⁹. L'action de groupe en matière concurrentielle serait alors au croisement entre un type d'actions naturellement porteur d'une dimension répressive marquée et une matière dans laquelle la responsabilité civile est appelée de façon générale à jouer un rôle prophylactique renforcé¹⁸⁹⁰.

477. Les incertitudes subsistantes. Ces présentations doivent néanmoins, sinon être contredites, du moins nuancées. D'une part, quelles que soient les intentions médiates du législateur en introduisant des mécanismes d'action de groupe, celles-ci ne peuvent se concrétiser dans ce cadre qu'à travers une méthode unique : renforcer l'effectivité de la responsabilité civile par l'augmentation des demandes d'indemnisation. Ce faisant, si l'action de groupe est susceptible d'avoir une incidence sur l'efficacité que présente la

¹⁸⁸⁶ S. Pietrini, « L'introduction de l'action de groupe en droit de la concurrence », *GP* 2013/246 ; M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc.. Sur les difficultés à concilier ces règles en présence de sociétés mère et fille : M. Béhar-Touchais, S. Carval, « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », in *L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques concurrentielles*, *op. cit.*, p. 35, n° 28 et s..

¹⁸⁸⁷ Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

¹⁸⁸⁸ C. com., art. L. 481-2. Sur le champ dans lequel joue cette présomption, voir : E. Claudel, « Transposition de la directive du 26 novembre 2014 sur les actions en dommages et intérêt en droit de la concurrence : la porte est grande ouverte aux actions en réparation », *RTD com.* 2017.305.

¹⁸⁸⁹ S. Pietrini, « La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *CCC* 2015, étude 12, spéc. n° 15, 16 et 24 ; G. Decocq, « Le développement du Private enforcement ? », *CCC* 2013, repère 8 ; C. Prieto, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », art. préc., n° 21. Voir déjà : Commission des communautés européennes, *Livre vert : actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM(2005) 672 final, Bruxelles, 2005, n° 1.1 : « Les actions en dommages et intérêts pour infraction au droit des ententes répondent à un double objectif : indemniser ceux qui ont subi une perte à la suite d'un comportement anticoncurrentiel et garantir la pleine efficacité des dispositions du traité relatives aux ententes en dissuadant les comportements anticoncurrentiels, ce qui contribuera, dans une mesure non négligeable, à maintenir une concurrence effective dans la Communauté ».

¹⁸⁹⁰ R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 128 ; V. Lassere-Kiesow, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques anticoncurrentielles », art. préc., n° 2 ; M. Chagny, « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ? Colloque organisé par le Groupe de Recherches en Droit des Affaires et l'Association des étudiants du Master Concurrence Distribution – Université du Maine, Le Mans, 5 décembre 2006*, *Concurrences*, 2007/2, p. 90 et s., n° 14.

responsabilité civile dans la poursuite des fonctions qui sont les siennes, elle n'en modifie ni l'équilibre, ni les limites structurelles que connaît celle-ci d'un point de vue normatif¹⁸⁹¹.

D'autre part, les incertitudes affectant les finalités immédiates de l'action de groupe brouillent logiquement l'analyse de ses objectifs secondaires. S'il est sans doute vrai que la volonté du législateur de favoriser les actions en réparation de préjudices faibles, voire minimes, s'explique par la poursuite d'un objectif normatif, il n'est pas certain que l'indemnisation de tels préjudices soit véritablement au cœur de l'ensemble des actions de groupe existantes actuellement en droit français. L'analyse des conditions d'exercice des actions de groupe introduites en 2016¹⁸⁹² laisse ainsi penser que ces actions visent moins à permettre l'indemnisation de dommages de faible importance qu'à offrir à un service de la justice en manque de moyens un instrument de gestion des contentieux de masse.

En dépit de ces incertitudes, il est cependant difficilement contestable que l'action de groupe, à supposer qu'elle soit effectivement mise en œuvre¹⁸⁹³, pourrait conduire à une amélioration de l'effectivité de la responsabilité civile et ainsi à une meilleure réalisation de ses fonctions, que celles-ci soient indemnitaires ou normatives¹⁸⁹⁴. En outre, et quand bien même l'action de groupe ne semble pas aussi orientée vers l'indemnisation des petits dommages sériels qu'on pourrait le penser, elle peut en tout cas favoriser une telle indemnisation et contribuer à lutter ainsi contre un type spécifique de faute lucrative¹⁸⁹⁵.

§II – La possible création d'une action en suppression du profit.

¹⁸⁹¹ Cf *supra*, n° 362 et s.. Madame BACACHE (M. Bacache, « Action de groupe et responsabilité civile », art. préc.) reconnaît ainsi que l'ensemble du régime de l'action de groupe n'est pas cohérent avec la poursuite d'un objectif ouvertement punitif, notamment en raison de l'absence de consécration de dommages et intérêts punitifs et du choix du système « *d'opt in* ». Concernant cette dernière remarque voir également : S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, Bruxelles, 2012, n° 114 ; R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 182. La seule différence quant au fonctionnement même de la responsabilité tient au fait, déjà évoqué, que l'action de groupe ne peut *a priori* être mise en œuvre que dans le cadre d'une responsabilité pour faute. *Adde* : Ph. Guillermin, « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal* 2008.73. L'auteur souligne que l'action groupe en matière de consommation ne vise que la réparation du préjudice et non la sauvegarde de l'ordre public économique.

¹⁸⁹² Cf *supra*, n° 469.

¹⁸⁹³ S. Pietrini, L. Nicolas-Vullierme, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », art. préc., n° 5 : « on peut légitimement se demander si la montagne n'a pas en définitive accouché d'une souris : le spectre d'une dérive à l'américaine a contraint le législateur à encadrer l'action de groupe [...]. L'action se révèle si complexe que son efficacité pourrait davantage résulter de son effet d'annonce que de sa mise en œuvre ». Pour un bilan récent et mitigé du succès de l'action de groupe : K. Haeri, B. Javaux, « Le bilan des actions de groupe 4 ans après », *JCP G* 2018, 1226.

¹⁸⁹⁴ Sur l'augmentation de l'effet dissuasif : S. Pietrini, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, *loc. cit.*

¹⁸⁹⁵ D. Fasquelle, « L'existence des fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002/232, p. 27, n° 29 ; R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 912.

478. La prise en compte des fautes lucratives. À première vue, la notion de faute lucrative est aisément compréhensible. Elle est la faute « qui rapporte plus qu'elle ne coûte »¹⁸⁹⁶. La neutralisation des fautes lucratives constitue incontestablement une des raisons majeures de l'intérêt actuellement porté aux sanctions pécuniaires civiles. Pour preuve, l'article 1371 de l'avant-projet CATALA, lequel proposait la consécration des dommages et intérêts punitifs, envisageait expressément le cas de la faute lucrative. De même, et bien que l'expression « faute lucrative » ne soit pas directement employée, l'article 1266-1 du projet ministériel de réforme de la responsabilité civile prévoyant la sanction de la faute délibérée commise « en vue d'obtenir un gain ou une économie » vise incontestablement une faute lucrative¹⁸⁹⁷.

479. La nécessité de lutter contre les fautes lucratives semble faire l'objet d'un large consensus en doctrine. Le phénomène serait particulièrement sensible en certains domaines, comme en matière de vie privée ou de droit à l'image¹⁸⁹⁸, en droit de la consommation et de la concurrence¹⁸⁹⁹, en matière environnementale¹⁹⁰⁰ ou encore pour certaines inexécutions contractuelles¹⁹⁰¹. Même dans ces domaines qui sont parfois envisagés comme un champ d'application particulièrement indiqué pour les sanctions pécuniaires civiles, l'opportunité de recourir à de telles sanctions, principalement des dommages et intérêts punitifs ou des amendes civiles ne semble pas faire l'unanimité¹⁹⁰². Il n'est qu'à penser à l'article 54 du projet TERRÉ, lequel prévoyait, en cas de faute lucrative, le prononcé de dommages et intérêts seulement restitutoires¹⁹⁰³.

¹⁸⁹⁶ P. Jourdain, « Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, art. préc..

¹⁸⁹⁷ N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc. ; E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », art. préc., n° 3.

¹⁸⁹⁸ A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, op. cit., p. 81 ; R. Lindon, note sous Paris, 7^e ch., 13 févr. 1971, *JCP G* 1971, II 16774 : « le plus souvent, en matière de respect de la vie privée, l'évaluation du préjudice aboutit à un chiffre très inférieur au montant des profits commerciaux dérivant de l'atteinte que prétendent sanctionner les dommages-intérêts ».

¹⁸⁹⁹ A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, loc. cit. ; D. Fasquelle, « L'existence des fautes lucratives en droit français », art. préc., n° 3 et « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », art. préc..

¹⁹⁰⁰ Ph. Billet, « Préjudice écologique : les principales propositions du rapport Jégouzo », *Environnement*, 2013, alerte 187 ; M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs », art. préc., n° 38 ; M. Séjean, « La restitution du profit illicite », art. préc., spéc. p. 347.

¹⁹⁰¹ Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, op. cit., n° 406 et s. ; B. Fauvarque-Cosson, « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat. L'arrêt *Attorney General v. Blake* : la consécration, par la Chambre des Lords, d'une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l'existence d'un préjudice mais sur le profit tiré de la rupture du contrat », *RDC* 2005, p. 479.

¹⁹⁰² Voir par exemple : R. Mesa, « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012.2754.

¹⁹⁰³ Cf *supra*, n° 212.

480. La doctrine semble largement d'accord pour reconnaître que les fautes lucratives constituent une difficulté à laquelle le droit positif n'apporte pas de réponse satisfaisante. Il convient dès lors de rechercher les causes de cette insuffisance, ce qui suppose de s'intéresser aux limites des sanctions existantes dans l'appréhension du profit (A) dans la mesure où ce sont surtout ces insuffisances qui semblent justifier la nécessité de prévoir une réponse spécifique en présence de fautes lucratives. Ce n'est qu'en raison de ces insuffisances que la proposition de consacrer un mécanisme direct d'appréhension des profits, que celui-ci soit « restitutif » ou confiscatoire, apparaît légitime (B).

A – Les limites des sanctions existantes dans l'appréhension du profit.

481. Les difficultés soulevées par les fautes lucratives résultent, par définition, d'une insuffisance ou d'une inadaptation des sanctions appliquées en réponse aux comportements en cause¹⁹⁰⁴. Les auteurs insistent ainsi généralement sur l'inaptitude de la responsabilité civile, au moins dans son fonctionnement classique, à priver en certains cas le fautif du profit qu'il a retiré de son action¹⁹⁰⁵. Une telle inaptitude est généralement mise sur le compte des règles encadrant le montant des dommages et intérêts¹⁹⁰⁶ et de l'interprétation restrictive de la jurisprudence quant au champ d'application de l'exclusion légale de l'assurance prévue à l'article L. 113-1 du Code des assurances¹⁹⁰⁷. Plus généralement, le caractère lucratif d'une faute résultera

¹⁹⁰⁴ *Contra* : R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 22. L'auteur considère que la définition de la faute lucrative par rapport aux conséquences de la sanction est restrictive et qu'en certains cas cette qualification peut être retenue indépendamment des « conséquences profitables de la sanction », mais « conditionne au contraire la mise en œuvre d'une sanction plus sévère, par exemple via la mise à l'écart d'une clause limitative de responsabilité ou d'une exonération légale (Voir par exemple, envisageant cette question en matière de sauvetage en mer : A. Sériaux, *La faute du transporteur*, Economica, Paris, 2^{ème} éd., 1998, n° 260. Toutefois, l'auteur refuse toute qualification de faute lucrative en ce domaine.) La distinction semble cependant trop sibylline, dans la mesure où l'infliction d'une sanction plus sévère se justifie bien par l'insuffisance de celle qui serait sinon applicable.

¹⁹⁰⁵ Voir notamment : B. Starck, H. Roland, L. Boyer, *Obligation, 1, Responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 1335. Les auteurs définissent la faute lucrative comme « Les fautes qui, malgré les dommages et intérêts que le responsable est condamné à payer – et qui sont calqués sur le préjudice de la victime – laissent à leur auteur une marge bénéficiaire suffisante pour qu'il nait aucune raison de ne pas les commettre » ; L. Grynbaum, « Une illustration de la faute lucrative : le "piratage" de logiciels », *D.* 2006.655. Voir déjà : R. Lindon, note sous Paris, 7^e ch., 13 févr. 1971, art. préc..

¹⁹⁰⁶ *Cf supra*, n° 366 et s.. *Adde* : N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, Economica, Paris, 2018, n° 116 ; I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative, une notion en construction en droit français », art. préc., n° 3 et 4.

¹⁹⁰⁷ I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », art. préc., n° 16.

de l'insuffisance de l'ensemble des sanctions mises en œuvre¹⁹⁰⁸, notamment pénales (1). Les quasi-contrats, en raison de leur rapport avec un enrichissement ont également été envisagés comme instrument de lutte contre les fautes lucratives (2).

1 – Les limites des sanctions pénales.

482. La présentation des limites. Les raisons avancées pour démontrer et expliquer l'insuffisance du droit pénal pour appréhender les fautes lucratives sont multiples. Les principes protecteurs du droit pénal, tant substantiels que procéduraux¹⁹⁰⁹, constituent évidemment un premier élément susceptible de limiter l'efficacité des sanctions pénales. En particulier les principes de légalité des délits et d'interprétation stricte de la loi pénale conduisent à ce que ces sanctions ne puissent appréhender l'ensemble des fautes lucratives.

Il a également été avancé que « l'indifférence du résultat économique au stade de la qualification »¹⁹¹⁰ constituerait une faille du droit pénal dans l'optique de lutte contre les fautes lucratives, même si le profit est parfois pris en compte à ce stade¹⁹¹¹.

483. C'est ensuite le *quantum* des sanctions pénales qui en ferait un outil de répression inadapté aux fautes lucratives. Cette inadaptation résulte d'une part du montant maximal des amendes pénales. Le seul fait que ce montant soit généralement exprimé sous forme fixe rend potentiellement l'amende inefficace en présence de fautes lucratives¹⁹¹². Tel sera incontestablement le cas chaque fois que les profits du délinquant excèdent le maximum de l'amende¹⁹¹³, éventuellement augmenté des indemnités. Ce risque semble d'autant plus réel que certains *maxima* paraissent

¹⁹⁰⁸ R. Mesa, « Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* 2012, I 625 ; N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 6.

¹⁹⁰⁹ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 939 et 942 ; I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », art. préc., n° 10.

¹⁹¹⁰ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 93 et 99.

¹⁹¹¹ Pour quelques exemples de cas dans lesquelles le profit est pris en compte au stade de la qualification de l'infraction : D. Dassa – Le Deist, « Cui Bono ? À qui profite le crime ? », *GP* 2014/133.

¹⁹¹² Pour une illustration récente en matière d'escroquerie : Crim., 12 sept. 2018, n° 17-82.122, A. Dejean de la Bâtie, « Quand la chance de l'escroc tourne au profit de sa victime », *D.* 2018.2217. En l'espèce une escroquerie aggravée avait engendré un profit approximatif d'un million sept cent vingt-cinq mille euros (Le bien avait été acquis pour 25 000 euros et revendu pour 1 750 000 euros. Néanmoins ce calcul ne tient pas compte des différents frais engendrés). L'amende maximale pour cette infraction étant de 750 000 euros et la cour d'appel ayant fixé l'indemnité civile à 350 000 euros, un profit non négligeable demeurait pour l'auteur de l'infraction. L'arrêt d'appel a certes été cassé par la Cour de cassation, mais uniquement en raison du raisonnement de la cour d'appel, qui avait ici retenu une perte de chance là où le principe de réparation intégrale imposait de retenir la valeur du tableau au jour de la décision.

¹⁹¹³ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 91 et s..

nettement inférieurs au profit susceptible d'être potentiellement retiré de l'infraction¹⁹¹⁴. D'autre part, les éléments pris en compte pour fixer concrètement le montant des amendes seraient en partie inadaptés, l'attention étant nettement plus portée sur la gravité du comportement incriminé¹⁹¹⁵ que sur le résultat « positif » de celui-ci¹⁹¹⁶. L'appréhension des profits retirés de l'infraction par la peine semble en effet remarquablement absente des textes pénaux, que ce soit en ce qui concerne les fonctions attribuées à la peine¹⁹¹⁷, ou en ce qui concerne les directives données par le Code pénal dans la détermination du montant des amendes¹⁹¹⁸. Au-delà des limites textuelles, certains auteurs ont également relevé, en présence de mécanismes permettant *a priori* une certaine appréhension des profits, des insuffisances de la pratique juridictionnelle. Celles-ci résulteraient notamment de difficultés à évaluer le profit mais aussi d'une certaine frilosité de la part des magistrats¹⁹¹⁹. Ces difficultés ne semblent d'ailleurs pas cantonnées aux sanctions pénales *stricto sensu*¹⁹²⁰.

¹⁹¹⁴ Tel serait notamment le cas, selon Madame FOURNIER DE CROUY (N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 95), du délit de tromperie simple anciennement puni d'une peine d'emprisonnement maximale de deux ans et d'une amende de 37 500 euros par l'article L. 213-1 du Code de la consommation (aujourd'hui portée à 300 000 euros par l'article L. 454-1 du même code) et du délit d'abus d'escroquerie réprimé en vertu de l'article 313-1, al. 2 du Code pénal d'une peine maximale de cinq ans d'emprisonnement et 375 000 d'amende. L'auteur souligne en effet que ces amendes présentent un maximum fixe alors même que les profits auxquelles elles sont susceptibles de donner lieu sont extrêmement variables. Le fait que ces comportements sont potentiellement réprimés d'une peine privative de liberté pourrait toutefois conduire à s'interroger sur la réalité du profit pour leur auteur, au moins lorsque celui-ci est une personne physique.

¹⁹¹⁵ E. Dreyer, « Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », *GP* 2014/133.

¹⁹¹⁶ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 94.

¹⁹¹⁷ L'article 130-1 du Code pénal ne vise ainsi que la sanction, l'amendement et la réinsertion de l'auteur. On peut cependant remarquer que la sanction de l'auteur suppose bien, surtout concernant des peines pécuniaires, que celui-ci ne retire pas un profit de l'infraction : C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004/54, p. 3.

¹⁹¹⁸ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé, op. cit.*, n° 941. L'article 132-20 du Code pénal dispose ainsi notamment que « Lorsqu'une infraction est punie d'une peine d'amende, la juridiction peut prononcer une amende d'un montant inférieur à celle qui est encourue

Le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ».

¹⁹¹⁹ C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », art. préc. : « Le législateur ne devrait avoir nul besoin de préciser, comme il l'a fait pour le délit d'initié, que l'amende doit être au moins égale au profit car une telle disposition est étroitement liée au principe de proportionnalité ».

¹⁹²⁰ Voir par exemple, concernant les difficultés à saisir les profits par le biais de l'astreinte : M. Séjean, « La restitution du profit illicite », art. préc., p. 345. Concernant les amendes administratives et civiles, en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives de concurrence : N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 102 à 106. On peut ainsi remarquer, concernant les amendes administratives prononcées par l'autorité de la concurrence que ni les finalités attribuées aux sanctions, ni les critères de détermination des sanctions ne font directement référence au profit. Sur ces éléments voir : B. Lasserre, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », art. préc.. Cette vision doit toutefois être nuancée. Le seul fait qu'une des finalités attribuées à ces sanctions pécuniaires soit la dissuasion suppose *a priori* l'impossibilité de tout profit pour l'auteur des pratiques. Pour une application récente des modes de calcul en droit de la concurrence au regard des lignes directrices de la Commission européenne : G. Decocq, « L'impact d'une opération de concentration sur le calcul de l'amende », *CCC* 2017, comm. 108. La prise en compte du profit s'est également développée sur le plan interne : J.-M. Folz, C. Raysseguier, A. Schaub, *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Paris, 2010, p. 9 : « La question de l'assiette retenue pour l'amende pose problème. On parle normalement du gain illicite ... ».

484. La relativisation des limites. Les reproches adressés aux sanctions pénales dans le cadre de la lutte contre les fautes lucratives semblent dans l'ensemble justifiés. Toutefois certains éléments, notamment ceux tenant à l'inadaptation de leur *quantum*, doivent être nuancés¹⁹²¹. Il convient tout d'abord de rappeler que les sanctions pénales ne prennent pas exclusivement la forme de sanctions pécuniaires. En présence de sanctions non-pécuniaires, et notamment en présence de sanctions privatives de liberté, il semble difficile d'estimer dans quelle mesure la faute continue de profiter à son auteur, sauf à considérer d'une façon empreinte de cynisme, que la liberté se monnaie comme n'importe quelle autre « valeur »¹⁹²².

485. Les amendes présentant un plafond mobile ne dépendant pas directement du profit. À s'en tenir aux sanctions pénales d'ordre strictement patrimonial, toutes ne présentent pas la rigidité et l'indifférence aux profits des amendes assorties d'un plafond fixe. Cet assouplissement a eu lieu dans un premier temps en instaurant un plafond alternatif au plafond fixe en fonction de certains éléments plus ou moins susceptibles d'être en lien avec le profit. L'exemple le plus connu est sans doute le recel¹⁹²³, qui est sanctionné d'une amende dont le montant maximum peut, en vertu de l'article 321-3 du Code pénal, être porté à la moitié de la valeur des biens recelés. Un mécanisme similaire avait été introduit par la loi du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat¹⁹²⁴, dite loi ROYER, qui permettait de fixer l'amende en matière de publicité trompeuse à la moitié des dépenses publicitaires¹⁹²⁵. Un tel maximum de la peine se rencontre encore en matière de vol¹⁹²⁶ ou de blanchiment¹⁹²⁷. Bien que l'instauration d'un plafond mobile soit de nature à relativiser les critiques adressées à la fixité des amendes pénales, le fait que celui-ci ne soit pas directement déterminé en fonction du profit retiré, spécialement dans le cas de l'infraction de publicité trompeuse, laisse ouvert une possibilité de profit, d'autant que

¹⁹²¹ Voir notamment, sur la volonté de mieux assurer la dissuasion à travers le prononcé d'amendes : V. Peltier, « Sens et efficacité des peines », art. préc., I-B : « les peines d'amende et de jours-amende devraient être rendues encore plus dissuasives par la connaissance de la situation des condamnés par les juridictions, grâce aux éléments d'information recueillis par les services pénitentiaires d'insertion et de probation ».

¹⁹²² S'il existe généralement un rapport dans les textes d'incrimination entre le maximum de la peine d'emprisonnement et le maximum de l'amende (Voir par exemple C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », art. préc.), il ne semble pourtant pas possible de considérer que cette proportion exprime, dans l'esprit du législateur, une équivalence entre une valeur monétaire et un temps d'emprisonnement.

¹⁹²³ C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », art. préc..

¹⁹²⁴ Loi n° 73-1193 du 27 décembre 1973 d'orientation du commerce et de l'artisanat.

¹⁹²⁵ C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », art. préc..

¹⁹²⁶ Code pénal, art. 311-4-2.

¹⁹²⁷ Code pénal, art. 324-3.

dans les deux textes considérés, l'amende ne peut être que de la moitié des sommes prises en compte¹⁹²⁸.

486. Les amendes présentant un plafond mobile dépendant directement du profit. Les amendes visant directement le profit retiré de l'infraction ou un multiple de celui-ci semblent beaucoup plus efficaces dans la perspective de lutte contre les fautes lucratives. Si de tels mécanismes demeurent isolés en droit pénal, les hypothèses se sont néanmoins multipliées. L'exemple le plus célèbre réside sans doute à l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier qui réprime les abus de marché d'une peine « de cinq ans d'emprisonnement et de 100 millions d'euros d'amende, *ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage* (nous soulignons) »¹⁹²⁹. Outre cet exemple classique, d'autres sanctions pénales permettent aujourd'hui une appréhension du profit ou d'un multiple du profit, spécialement en présence de comportements dont l'insuffisance des sanctions pénales était auparavant dénoncée. Tel est ainsi le cas de l'amende applicable en matière de corruption transnationale dont le montant, anciennement limité à 150 000 euros par l'article 435-3 du Code pénal, semblait potentiellement très en deçà des profits potentiels¹⁹³⁰. L'article 6 de la loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière¹⁹³¹ a porté l'amende à un maximum de 1 000 000 d'euros, et surtout a prévu que celle-ci pouvait être portée « au double du produit tiré de l'infraction ». Une sanction identique existe également en matière de corruption active et de trafic d'influence commis par des particuliers¹⁹³².

La prise en compte du profit peut enfin être faite de façon expresse sans pour autant influencer directement sur le plafond de l'amende. Ainsi, si l'article L. 132-2 alinéa 1 du Code de la consommation prévoit désormais que les pratiques commerciales

¹⁹²⁸ F. Stasiak, G. Royer, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale. Les apports de l'analyse économique du droit à la réforme du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2009, p. 289 et s.. Les auteurs proposaient alors la consécration d'une disposition permettant de porter l'amende au double des profits.

¹⁹²⁹ CMF, art. L. 465-1, I, A.

¹⁹³⁰ Th. Ballot, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *RSC* 2013.321. L'auteur souligne de plus que la seule condamnation prononcée à l'époque sur ce fondement à l'encontre d'une personne morale (laquelle encourait une amende de 750 000 euros en raison de la multiplication du maximum des amendes à l'encontre des personnes morales) n'avait non seulement donné lieu qu'à une amende, et non à une peine de confiscation, mais encore que cette amende n'avait été fixée qu'à 500 000 euros par le tribunal correctionnel de Paris.

¹⁹³¹ Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

¹⁹³² Code pénal, art. 433-1.

trompeuses, telles que définies aux articles L. 121-2 à L. 121-4 du même code¹⁹³³, « sont punies d'un emprisonnement de deux ans et d'une amende de 300 000 euros », l'alinéa 2 précise que « Le montant de l'amende peut être porté, *de manière proportionnée aux avantages tirés du délit* (nous soulignons), à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits, ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la publicité ou de la pratique constituant ce délit ». Cette amende présente indubitablement une certaine originalité dans la mesure où son plafond n'est pas directement déterminé par la mesure du profit. Celle-ci constitue en revanche une ligne directrice pour le juge dans la détermination de l'amende effectivement prononcée dans la limite d'un montant maximum potentiellement très élevé. Rares seront en effet les pratiques susceptibles de générer un bénéfice supérieur à 10% du chiffre d'affaires annuel, particulièrement pour une entreprise d'une taille importante. À titre d'exemple, le groupe Carrefour a réalisé un chiffre d'affaires de 88 milliards d'euros en 2017, de 62 milliards en 2016 et de 86 milliards en 2015¹⁹³⁴. Si une pratique trompeuse devait être caractérisée à l'échelle du groupe pour l'année 2018, l'amende pourrait atteindre un maximum égal à 10% de la moyenne de ces montants, soit 10% de 78,5 milliards, soit 7,85 milliards d'euros. Les pratiques susceptibles de générer des gains supérieurs à ce montant semblent peu nombreuses¹⁹³⁵.

487. Les mécanismes de confiscation pénaux. Quoiqu'en progression, les cas dans lesquels le profit est directement appréhendé par l'amende demeurent extrêmement minoritaires. Il n'est pourtant pas certain que cette situation soit critiquable. Rappelant que la fonction principale de l'amende est d'être afflictive, Monsieur DEYER a ainsi considéré que les amendes proportionnelles au profit procédaient d'une confusion des fonctions respectives de l'amende et de la confiscation¹⁹³⁶. S'il est nécessaire de tenir compte, dans la poursuite d'une finalité répressive par le prononcé d'une sanction pécuniaire, des capacités financières de

¹⁹³³ L'article L. 121-4 prévoyant notamment l'interdiction des publicités trompeuses.

¹⁹³⁴ Chiffres disponibles sur le site de Carrefour : <http://www.carrefour.com/fr/content/chiffres-daffaires>.

¹⁹³⁵ Le même déplafonnement est prévu à l'article L. 253-15 du Code rural et de la pêche maritime qui sanctionne « de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 300 000 euros, dont le montant peut être porté, de manière proportionnée aux avantages tirés du manquement, à 10 % du chiffre d'affaires moyen annuel, calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date des faits » la mise sur le marché de produits pharmaceutiques sans autorisation.

¹⁹³⁶ E. Dreyer, « Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », art. préc..

l'auteur de l'infraction, le prononcé d'une amende en fonction du profit peut en effet conduire à décorrélérer l'amende de la gravité du comportement et du trouble à l'ordre public qui en résulte¹⁹³⁷. Cette critique peut, à première vue, sembler surprenante : la réalisation d'une fonction répressive ne semble possible que si l'infraction ne profite pas à son auteur, ce qui semble justifier la fixation du maximum de l'amende en fonction du profit. L'auteur n'ignore cependant pas la nécessité de priver l'auteur de l'infraction de l'intérêt qu'il retire de son comportement. Cependant cette fonction est celle de la confiscation, qui conditionne alors l'efficacité de l'amende. La remarque de l'auteur convainc généralement, mais il faut reconnaître qu'en présence d'infractions économiques liées à des calculs statistiques prenant en compte les chances de poursuite et de condamnation¹⁹³⁸, elle risque d'être insuffisante pour assurer la dissuasion de l'infraction¹⁹³⁹.

488. Il n'est cependant pas contestable que les peines de confiscation jouent un rôle positif dans l'appréhension des fautes lucratives. Ces peines ont connu un élargissement important à travers les lois du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance¹⁹⁴⁰ et du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale¹⁹⁴¹. Du point de vue de l'appréhension du profit, l'évolution la plus remarquable résulte sans doute de la modification apportée par l'article 66 de la loi du 5 mars 2007 à l'article 131-21 du Code pénal, dont l'alinéa 1 prévoit désormais que la peine complémentaire de confiscation s'applique non seulement dans les cas prévus par la loi et le règlement mais aussi « de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse ». Cet article permet une confiscation extrêmement large du profit dès lors que son alinéa 3 précise que la confiscation « porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime ». Cette sanction est d'autant plus efficace qu'elle est parfois complétée d'une mesure de confiscation plus générale ayant

¹⁹³⁷ E. Dreyer, « Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », art. préc..

¹⁹³⁸ Cf *infra*, n° 510.

¹⁹³⁹ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 98 et 241 et s.. La position de Monsieur DREYER est néanmoins cohérente dans la mesure où celui-ci met largement en doute le caractère dissuasif de la peine : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1250.

¹⁹⁴⁰ Loi n° 2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.

¹⁹⁴¹ Loi n° 2010-768 du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale.

notamment pour objet d'éviter qu'une part du profit subsiste pour l'auteur des activités du fait de difficultés probatoires quant au profit tiré des infractions¹⁹⁴².

489. Conclusion. Les sanctions pénales présentent des limites évidentes dans le cadre de la répression des fautes lucratives. La difficulté la plus insurmontable que rencontre la répression pénale dans ce cadre est sans doute l'impossibilité, du fait du principe de légalité des délits, de réprimer toutes les situations dans lesquelles un individu tire profit de sa faute. Les critiques doivent en revanche être nuancées s'agissant des limites du droit pénal dans la prise en charge des fautes pénales lucratives. D'une part, à côté des plafonds fixes que connaissent traditionnellement les amendes pénales, le législateur a introduit des amendes présentant un plafond mobile, dépendant directement ou indirectement des profits tirés de l'infraction. D'autre part, les peines de confiscation ont connu entre 2007 et 2010 un essor important qui permet au juge de prononcer les confiscations des profits dans un grand nombre d'hypothèses. Si la seule confiscation des profits ne s'avèrera pas toujours suffisante pour prévenir la commission de l'infraction, elle constitue incontestablement un progrès par rapport à la situation dans laquelle l'auteur d'un délit en conserve directement un profit.

2 – Les limites des quasi-contrats.

490. Des limites incertaines¹⁹⁴³. Les différentes études consacrées aux fautes lucratives s'accordent quant aux insuffisances des quasi-contrats, au moins sous leur forme actuelle, dans l'appréhension de ce type de fautes¹⁹⁴⁴. Dès lors que les différents quasi-contrats existants relèvent d'une logique de rééquilibrage des patrimoines à la suite d'un transfert de valeur injustifié¹⁹⁴⁵, ceux-ci auraient pu sembler adaptés à la

¹⁹⁴² Sur cette question voir notamment : A. Mihman, « La confiscation des profits illicites », *GP* 2014/133. Tel est notamment le cas de la confiscation « générale relative » prévue à l'alinéa 5 de l'article 131-21 qui dispose : « S'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect, la confiscation porte également sur les biens meubles ou immeubles, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, appartenant au condamné lorsque celui-ci, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'a pu en justifier l'origine ».

¹⁹⁴³ Ne seront pas directement envisagées ici les critiques adressées à la notion même de quasi-contrat : M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, Paris, 1997, *passim* ; E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », *RTD civ.* 2013.1. Voir déjà : H. Vizioz, *La notion de quasi-contrat. Étude historique et critique*, Bordeaux, 1912, p. 314.

¹⁹⁴⁴ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 944 et s. ; N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 944.

¹⁹⁴⁵ M. Fabre-Magnan, *Droit des obligations, 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, *op. cit.*, p. 507.

neutralisation des fautes lucratives¹⁹⁴⁶. Cette impression est d'ailleurs renforcée par le fait que la définition qu'en donne désormais le Code civil mentionne expressément le profit de celui qui se retrouve obligé¹⁹⁴⁷. Pour autant les quasi-contrats rencontreraient certaines limites comme instrument de lutte contre les fautes lucratives, que celles-ci tiennent à leurs conditions ou à leurs effets.

Le principal élément mis en avant pour justifier de l'inadaptation des quasi-contrats à lutter contre les fautes lucratives tient classiquement à l'idée selon laquelle le fait générateur d'un quasi-contrat est un fait licite, tandis qu'une faute est, par définition, un fait illicite¹⁹⁴⁸. Cette présentation ne saurait cependant convaincre totalement¹⁹⁴⁹. Sans développer l'affirmation de Planiol selon laquelle les quasi-contrats « se rapprochent [...] des délits et des quasi-délits par leur caractère fondamental, car ils sont, comme ceux-ci, des faits *illicites* »¹⁹⁵⁰ (Souligné par l'auteur), il faut sans doute reconnaître que cette opposition a vécu¹⁹⁵¹. Cette distinction du licite et de l'illicite a été dans une large mesure remplacée par celle du fait dommageable et du fait profitable¹⁹⁵². Cette distinction paraît particulièrement intéressante lorsqu'on envisage les réponses possibles aux profits illicites. Elle a cependant rencontré certaines critiques. La principale tient à ce que cette présentation procéderait d'une erreur de perspective¹⁹⁵³ : la différence ne tiendrait qu'au fait que dans un cas le regard

¹⁹⁴⁶ Voir ainsi, envisageant, antérieurement à la réforme du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon, les possibilités de restitution des profits par l'enrichissement sans cause parallèlement à l'action en responsabilité civile : Ph. Rémy, « Le principe de subsidiarité de l'action de *in rem verso*, en droit français », in *L'enrichissement sans cause, La classification des sources des obligations*, LGDJ, coll. « Collection de la Faculté de droit et de sciences sociales », Fontenay-Le Comte, 2007, p. 59, n° 17.

¹⁹⁴⁷ C. civ., art. 1300, al. 1^{er} : « Les quasi-contrats sont des faits purement volontaires dont il résulte un engagement de celui qui en profite sans y avoir droit, et parfois un engagement de leur auteur envers autrui ». Voir déjà : C. Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 11, Paris, 1821, n° 16 : « Tout fait quelconque de l'homme, qui enrichit une personne au détriment d'une autre, oblige celle que ce fait enrichit, sans qu'il y ait eu intention de gratifier, à rendre la chose ou la somme dont elle se trouve enrichie ».

¹⁹⁴⁸ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, op. cit., n° 109. Sur cette distinction voir déjà : A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, p. 465. Sur la question du rôle de la faute de l'appauvri en matière de quasi-contrat, et notamment sur son rôle punitif : M. Lecène-Marénaud, « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.* 1994.515, n° 8. Voir plus globalement sur la distinction de l'enrichissement injustifié, entendu au sens large, et de la responsabilité civile : E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p. 22.

¹⁹⁴⁹ Sur les raisons historiques de cette conception : E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p. 8 et 9.

¹⁹⁵⁰ M. Planiol, « Classification des sources des obligations », *Rev. crit.* 1904, p. 224, spéc. p. 229.

¹⁹⁵¹ Sur cette question voir notamment : F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 344 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1263. *Contra* : C. Grimaldi, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, coll. « Doctorat & notariat », Paris, 2007, n° 65 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations*, op. cit., n° 1015.

¹⁹⁵² J. Carbonnier, *Droit civil, Les biens, Les obligations*, op. cit., n° 1114 : « [Les engagements qui se forment sans convention] tendent à rétablir, dans un patrimoine, un état antérieur que le fait juridique, par hypothèse, avait rompu [...]. La rupture peut venir de ce qu'une brèche avait été faite à ce patrimoine ou de ce que quelque chose, au contraire, y avait été versé en trop. Il est des faits juridiques dommageables et des faits juridiques profitables ».

¹⁹⁵³ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, op. cit., n° 346.

est porté sur la « victime-créancière » alors que dans l'autre il se centre sur « l'enrichi-débiteur ». Obligation délictuelle et obligation quasi-contractuelle auraient en réalité pour objet commun de compenser une perte¹⁹⁵⁴, ce que traduirait particulièrement le régime attaché aux quasi-contrats.

491. L'absence de primauté dans le cadre des quasi-contrats du profit du débiteur par rapport à la perte du créancier s'illustre de façon nette dans la détermination du *quantum* de l'obligation. En effet, bien qu'en présence d'une équivalence entre l'appauvrissement du créancier et l'enrichissement du débiteur, laquelle se rencontre particulièrement en matière de paiement de l'indu¹⁹⁵⁵, l'obligation de restitution correspond effectivement au montant des profits, tel n'est pas systématiquement le cas. Ainsi, l'exigence d'utilité de la gestion d'affaire est appréciée de façon favorable au gérant : non seulement l'utilité est-elle appréciée au moment où l'acte a été accompli¹⁹⁵⁶, mais encore la gestion pourrait-elle être qualifiée d'utile alors même qu'elle n'aurait concrètement produit aucun résultat positif pour peu qu'elle ait été opportune¹⁹⁵⁷. Plus encore, c'est la dépense faite et non l'avantage retiré qui fait l'objet d'une compensation par le maître de l'affaire¹⁹⁵⁸. Les conditions de la gestion d'affaires¹⁹⁵⁹ ne semblent, de toute façon, pas propices à en faire un mécanisme de neutralisation des fautes lucratives. De ce fait, ce sont d'autres quasi-contrats dont l'utilisation a été principalement envisagée dans la lutte contre les fautes lucratives : l'enrichissement injustifié et les loteries publicitaires.

492. Les limites de l'enrichissement injustifié dans l'appréhension des profits. Prévu aux articles 1303 et suivants du Code civil depuis l'ordonnance du 10 février 2016, l'enrichissement injustifié est la consécration légale de l'action *de in rem*

¹⁹⁵⁴ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 506 et s. ; M. Douchy, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, préc., n° 95 ; Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck, *Les obligations, op. cit.*, n° 1019.

¹⁹⁵⁵ F. Chénéde, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations, op. cit.*, n° 346. Sur l'efficacité, du point de vue du traitement de la faute lucrative, des restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat du fait d'un dol lucratif : N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 110. Sur le refus de qualifier la restitution de l'indu en cas de mauvaise foi du payé de peine privée : E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p. 20. Voir également : A. Ballot-Léna, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun, op. cit.*, n° 358.

¹⁹⁵⁶ Ph. Le Tourneau, « Gestion d'affaire », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018 (actualisation juin 2019), n° 67. Voir par exemple : Civ. 1^{re}, 16 nov. 1955, obs. P. Esmein, *JCP* 1956, II 9087. Cette règle reçoit cependant une exception en cas de gestion intéressée.

¹⁹⁵⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1277.

¹⁹⁵⁸ C. civ., art. 1301-2, al. 2. E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p. 15.

¹⁹⁵⁹ C. civ., art. 1301.

verso admise par la jurisprudence à la fin du XIX^{ème} siècle dans l'arrêt Patureau c/ Boudier¹⁹⁶⁰. Quant aux conditions, l'action suppose d'une part un appauvrissement et un enrichissement corrélatif, d'autre part l'absence de cause à ce transfert de valeur et le défaut d'une autre voie de droit¹⁹⁶¹. Sans même évoquer les difficultés que peuvent soulever dans la restitution des profits ces conditions, notamment le caractère subsidiaire de l'action¹⁹⁶², c'est principalement au stade de ses effets que l'enrichissement injustifié se révèle impropre à appréhender de façon satisfaisante le profit résultant de fautes. Cette insuffisance résulte de la règle dite de la « double limite » ou du « double plafond ». L'article 1303, reprenant sur ce point la jurisprudence antérieure¹⁹⁶³, dispose ainsi que l'indemnité doit être « égale à la moindre des deux valeurs de l'enrichissement et de l'appauvrissement ». Ce fonctionnement conduit manifestement à limiter l'efficacité du mécanisme dans l'appréhension des profits lorsque ceux-ci excèdent l'appauvrissement. Cette particularité du droit français a d'ailleurs conduit un auteur à considérer que si l'articulation des « *restitution for wrongs* », institution spécifique du droit de la responsabilité anglais visant à « dégorger » le profit résultant d'une faute et non pris en charge par le jeu normal de la responsabilité civile, et de l'« *unjust enrichment* » a soulevé d'importants débats en droit anglais¹⁹⁶⁴, la question se trouvait simplifiée en droit français. En effet, la restitution du transfert de valeur n'ayant lieu en droit français « que si, et dans la mesure où, le demandeur a été appauvri, alors le dégorgement des profits ne peut pas se faire sur la base de l'action en enrichissement injustifié et ne pourrait donc l'être qu'en reconnaissant la possibilité d'une réponse restitutoire à la commission d'un délit ou quasi-délit »¹⁹⁶⁵.

¹⁹⁶⁰ Req., 15 juin 1892, obs. E.-H. Labbé, S. 1893.1.281 ; D. 1892.1.596. Cet arrêt a été précisé de façon importante par l'arrêt Bagnères-de-Bigorre : Civ., 2 mars 1915, D. 1920.1.120.

¹⁹⁶¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1303.

¹⁹⁶² Sur les difficultés soulevées par cette notion : Ph. Rémy, « Le principe de subsidiarité de l'action de *in rem verso*, en droit français », art. préc.. Voir également : A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, Paris, 2013, n° 109 et s.. L'auteur qualifie le principe de subsidiarité de l'action en cas d'enrichissement direct de subsidiarité renforcée.

¹⁹⁶³ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1316.

¹⁹⁶⁴ Une controverse se rencontre ainsi en droit anglais quant à la justification de la privation des profits consécutifs à une faute. Certains auteurs considèrent en effet que la justification de cette privation tient au fait générateur de responsabilité là où d'autres la rattache à l'« *unjust enrichment* ». Voir notamment sur cette question : Th. Krebs, « The fallacy of "Restitution for Wrongs" », in A. Burrows, Lord Rodger of Earsferry, *Mapping the law – Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, p. 379 et s..

¹⁹⁶⁵ E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p. 23. Voir également : Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais, op. cit.*, n° 433.

493. Le « quasi-contrat » de loterie publicitaire¹⁹⁶⁶. Ce mécanisme a été créé par la jurisprudence à l'occasion d'un contentieux bien particulier. L'organisateur d'une loterie publicitaire laisse croire aux destinataires de documents les désignant nominativement que ceux-ci ont gagné un certain prix. Les documents indiquent en réalité, de façon beaucoup moins visible, que le prix ne sera attribué qu'à l'issue d'un nouveau tirage au sort. En dépit de la tentative d'encadrer ces pratiques par l'introduction de dispositions spécifiques au sein du Code de la consommation¹⁹⁶⁷, les juges tentèrent d'y apporter une réponse sur le terrain du droit des obligations. Les loteries publicitaires se révèlent toutefois particulièrement difficiles à appréhender à travers les sources traditionnelles d'obligations, si bien que la jurisprudence a, tour à tour, eu recours à la responsabilité extracontractuelle, au contrat ou à l'engagement unilatéral de volonté et aux quasi-contrats.

Dès lors que l'auteur de la loterie publicitaire adopte un comportement trompeur, et commet ce faisant une faute, la responsabilité civile extracontractuelle semblait être la réponse naturelle à ce type de comportement. La jurisprudence usa effectivement de cette voie dans un premier temps¹⁹⁶⁸. Elle l'abandonna toutefois progressivement. Les règles de la responsabilité civile conduisaient en effet à limiter la sanction au montant du préjudice subi par la victime, préjudice qui était ici un simple préjudice moral¹⁹⁶⁹. Les juges se tournèrent alors vers le contrat et vers l'engagement unilatéral de volonté¹⁹⁷⁰, cette solution permettant de forcer l'organisateur de la loterie à fournir la prestation annoncée. La volonté de l'organisateur de s'engager de façon ferme faisant néanmoins manifestement défaut, la Cour de cassation se tourna, dans un arrêt du 6 septembre 2002¹⁹⁷¹, vers les quasi-contrats afin de parvenir au même résultat.

¹⁹⁶⁶ La critique doctrinale à l'encontre de la qualification même de quasi-contrat dans ce cas ne sera pas évoquée. Sur la remise en cause du mécanisme postérieurement à la réforme du droit des obligations, F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1328 ; O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, Paris, 2^{ème} éd., 2018, n° 535.

¹⁹⁶⁷ Le Code de la consommation, jusqu'à la loi n° 2014-1545 du 20 décembre 2014 relative à la simplification de la vie des entreprises et portant diverses dispositions de simplification et de clarification du droit des procédures administrative, encadrait les loteries publicitaires aux articles L. 121-36 à L. 121-41. L'article L. 121-20 du Code de la consommation prohibe désormais les loteries publicitaires lorsqu'elles sont déloyales.

¹⁹⁶⁸ Voir par exemple : Civ. 2^{ème}, 3 mars 1988, n° 86-17.550, J.-L. Aubert, « Protection des consommateurs », *D.* 1988, somm. p. 405.

¹⁹⁶⁹ Voir cependant : Civ. 2^{ème}, 28 juin 1995, n° 93-17.738, J.-L. Mouralis, « Responsabilité alourdie et engagement unilatéral de l'organisateur d'une loterie publicitaire présentée dans des documents ambigus : est-ce l'heure du cauchemar pour les fabricants de rêves ? », *D.* 1996.180. Dans cette affaire la Cour de cassation avait approuvé la Cour d'appel d'avoir fixé l'indemnité due au montant du gain annoncé.

¹⁹⁷⁰ Sur cette question, voir les références citées par : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations, op. cit.*, n° 1327.

¹⁹⁷¹ Mixte, 6 sept. 2002, n° 98-22.981. Voir les références citées par : H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, Paris, 13^e éd., 2015, n° 244.

Cette utilisation de la notion de quasi-contrat peut sembler intéressante dans une perspective de lutte contre les fautes lucratives dans la mesure où, à la différence des autres quasi-contrats, la mesure n'est pas limitée par l'appauvrissement de la victime.

De toute évidence pourtant, cette mesure ne constitue pas une réponse adéquate aux fautes lucratives. D'une part, le « quasi-contrat » de loterie publicitaire ne peut s'appliquer que dans le cas où l'attitude du défendeur a créé une illusion de gain pour le demandeur ce qui ne correspond qu'à un comportement bien particulier et ne peut donc constituer une réponse globale à la question des fautes lucratives. D'autre part, ce mécanisme n'appréhende en rien un gain pour l'auteur de la pratique¹⁹⁷², mais constitue la sanction d'un comportement jugé indésirable¹⁹⁷³, sanction voulue dissuasive¹⁹⁷⁴ sans qu'une attention particulière soit donnée au profit retiré par l'auteur du comportement.

B – La légitimité d'une action en suppression du profit.

494. Dans une étude récente consacrée aux fautes lucratives, un auteur a soutenu l'idée que, si la privation des profits était un prérequis nécessaire à la lutte contre les fautes lucratives, elle était en revanche une réponse en elle-même insuffisante à la dissuasion de ce type de comportements. Les caractéristiques inhérentes aux actions en suppression des profits (1) conduisent en effet à voir dans ces mécanismes une réponse imparfaite, mais intéressante, pour remédier aux difficultés soulevées par les fautes lucratives (2).

1 – Les caractéristiques des actions en suppression des profits.

495. À la fin de sa thèse de doctorat consacrée aux fautes lucratives en droit privé, Monsieur MESA parvenait à la conclusion que la réponse adéquate aux fautes lucratives consistait dans la consécration d'un « principe de restitution intégrale complémentaire du principe de réparation intégrale »¹⁹⁷⁵. Une légère adaptation terminologique semble toutefois utile. D'une part, le terme de restitution s'applique

¹⁹⁷² E. Descheemaeker, « Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français », art. préc., p. 14.

¹⁹⁷³ Ph. Le Tourneau, A. Zabalza, « Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires) », CCC 2002, chron. 22.

¹⁹⁷⁴ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 260.

¹⁹⁷⁵ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 954 et s..

généralement à une chose que la personne a eue¹⁹⁷⁶, ce qui ne sera pas toujours le cas lorsqu'une action vise à priver l'auteur d'une faute du profit qu'il en a retiré¹⁹⁷⁷. D'autre part, les mécanismes visant à priver l'auteur d'une faute du profit ne conduisent pas nécessairement à faire bénéficier la victime du comportement du produit de la sanction, rendant alors largement inadéquat l'emploi du terme restitution. Pour ces raisons, il sera plutôt fait mention ici de privation du profit. Indépendamment de ces questions terminologiques, ce mécanisme apparaît spécifique tant par ses conditions (a) que par ses effets (b).

a – Les conditions des mesures de privation des profits.

496. Des conditions proches de celles de la responsabilité civile classique.

Proposant un fonctionnement exactement symétrique de la responsabilité civile dans son fonctionnement classique, Monsieur MESA a envisagé que la privation des profits soit subordonnée à un fait générateur d'enrichissement¹⁹⁷⁸. Ainsi formulée, la condition est évidemment trop large. L'auteur précise en réalité que la « restitution intégrale » suppose une faute génératrice d'un gain, que celui-ci ait été voulu ou non¹⁹⁷⁹. Ces conditions devraient par ailleurs être les seules, excluant notamment la prise en compte d'une violation efficace, le caractère subsidiaire de l'action et sa limitation en fonction du champ d'application d'autres sanctions. De rapides développements semblent, à ce stade, suffisants concernant le rejet de ces deux dernières exigences. Le rejet de la théorie de la violation efficace semble en revanche nécessiter des développements plus importants, ne serait-ce que parce qu'elle permet d'interroger la légitimité même de mécanismes dépassant la simple indemnisation dans des relations essentiellement privées.

497. Le rejet de la violation efficace. L'étude, même rapide, de la théorie de la violation efficace conduit certes à s'éloigner quelque peu de celle des mesures de privation des profits et pourrait dès lors ne pas sembler trouver sa place au sein des présents développements. Elle conduit toutefois à s'interroger sur la légitimité de

¹⁹⁷⁶ Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, op. cit., n° 408.

¹⁹⁷⁷ Il n'est qu'à penser à l'hypothèse de la contrefaçon.

¹⁹⁷⁸ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 962.

¹⁹⁷⁹ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 963.

mécanismes visant à priver l'auteur d'une faute civile des profits en résultant, et plus généralement sur les raisons pouvant conduire à dépasser la simple réparation du préjudice subi, ce qui justifie de lui consacrer de rapides développements.

La théorie de la violation efficace, ou « *Efficient breach* », est issue de certains courants d'analyse économique du droit : il s'agit plus précisément d'une application en analyse économique du droit de « l'optimum de Pareto »¹⁹⁸⁰, c'est-à-dire la configuration de répartition des richesses dans laquelle l'amélioration de la situation d'un individu ne peut se faire qu'au détriment d'un autre¹⁹⁸¹. Cette théorie, exclusivement ou quasi-exclusivement¹⁹⁸² développée en matière contractuelle¹⁹⁸³, consiste à considérer que la violation d'un contrat est légitime, voire souhaitable en ce qu'elle accroîtrait le bien-être et la richesse de la société¹⁹⁸⁴, lorsqu'elle réalise une répartition plus efficace des ressources. Tel serait le cas lorsqu'après avoir indemnisé le créancier le débiteur contractuel conserve un profit¹⁹⁸⁵. Plusieurs comportements sont susceptibles de conduire à une telle situation. Il en est notamment ainsi lorsque l'un des cocontractants a mal évalué le coût de l'exécution, que celui-ci est modifié par un changement de circonstances, ou encore que le débiteur d'une obligation contractuelle trouve dans l'exécution d'un autre contrat incompatible avec le premier un profit supérieur au préjudice causé à son premier cocontractant¹⁹⁸⁶.

¹⁹⁸⁰ Voir par exemple : R. Birmingham, « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency », *Rutgers Law Review* 1970, p. 273 et s., spéc. p. 278 ; L. Kaplow, S. Shavell, « Economic analysis of Law », in *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, 2016, n° 4.1.8.

¹⁹⁸¹ R. Birmingham, « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency », *loc. cit.*.

¹⁹⁸² On peut par exemple évoquer DEMOGUE selon qui « On peut léser le droit d'autrui, mais à condition de l'en indemniser, c'est là un principe acceptable dans un grand nombre d'hypothèses, qu'il s'agisse d'un acte juridique quelconque : loi, acte administratif, acte juridique privé » (R. Demogue, *Les notions fondamentales du droit privé*, Editions La Mémoire du Droit, Paris, 2001, édition originelle 1911, p. 107) Le fait de léser le droit qu'autrui retire de la loi fait immédiatement penser à la responsabilité extracontractuelle. Néanmoins la portée à reconnaître à cette affirmation semble incertaine, l'auteur justifiant son affirmation par la conformité de la violation à l'intérêt général. Or on voit mal comment la méconnaissance d'une règle légale par un particulier pourrait être conforme à l'intérêt général. Concernant la violation de la loi, c'est sans doute davantage le cas dans lequel l'État atteint un droit particulier reconnu par la loi, comme par exemple dans le cas d'une expropriation, qui est envisagée par l'auteur.

¹⁹⁸³ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 966. Pour un exposé des différentes présentations de cette théorie dans les principaux recueils de jurisprudence en droit américain, voir : C. R. Warkol, « Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal fact : The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach », *Cardozo Law Review* 1998, p. 321 et s., spéc. p. 328 et s..

¹⁹⁸⁴ C. R. Warkol, « Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal fact : The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach », art. préc., p. 321.

¹⁹⁸⁵ Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, *op. cit.*, n° 435. Voir déjà : O. W. Holmes, « The path of the law », Discours prononcé le 8 janvier 1897, *Boston University Law Review* 1998, p. 699 et s., spéc. p. 702 : « L'obligation de respecter un contrat en *common law* correspond à l'obligation de payer des *damages* si on ne le respecte pas, et rien d'autre » (« *The duty to keep a contract at common law means a prediction that you must pay damages if you do not keep it, and nothing else* »).

¹⁹⁸⁶ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 408. Les deux premiers cas correspondent aux cas dans lesquels le contractant commet une faute lucrative sans l'intervention d'un tiers, le dernier avec l'intervention d'un tiers.

498. La violation efficace du contrat serait, sur le plan théorique, justifiée par une conception spécifique des fonctions des contrats et paraît, sur un plan plus technique, s'articuler avec certaines règles reconnues en *common law*.

Sur le plan théorique, la violation efficace du contrat semble découler des fonctions que ses défenseurs attribuent au contrat. Monsieur POSNER affirme ainsi que « le droit des contrats, d'un point de vue économique, a pour fonction de fournir "une méthode de déplacement des ressources d'une utilisation moins valorisée vers une utilisation plus valorisée" »¹⁹⁸⁷, fonction qui semble dès lors rendre légitime la violation efficace des contrats.

Sur un plan technique, cette théorie paraît fortement liée à l'obligation faite au créancier de l'obligation inexécutée de minimiser son dommage¹⁹⁸⁸. Les effets de cette obligation lorsque l'inexécution conduit au versement d'une somme d'argent sont aisément perceptibles. D'une part, elle conduit évidemment à réduire le montant des dommages et intérêts prononcés et rend d'autant plus probable la violation efficace d'un contrat. D'autre part, en obligeant le débiteur à se comporter de façon rationnelle, au sens économique, elle rend l'anticipation des coûts, et ce faisant les calculs sur la rentabilité de l'inexécution, plus aisés. C'est également, au moins en partie, l'obligation de minimiser le dommage qui justifie l'obligation du créancier, lorsque la prestation est normalement accessible sur un marché, d'opérer un remplacement, ce qui conduit alors à écarter l'exécution forcée en nature, laquelle empêche *in fine* la violation du contrat.

499. L'absence de réception pratique de la théorie. La réception de la théorie de la violation efficace en *common law*, et spécialement en droit américain, semble discutée¹⁹⁸⁹. La distinction de la violation efficace et inefficace du contrat ne paraît pas, en revanche, recevoir de consécration positive en droit français¹⁹⁹⁰ en dépit

¹⁹⁸⁷ D. H. J. Hermann, « Review of "Economic Analysis of Law," By Richard A. Posner », *Washington University Law Review*, 1974, p. 354 et s., spéc. p. 362 : « *The law of contracts, according to the economic view, serves the function of providing "a method of moving resources from a lower valued to a higher valued use"* ».

¹⁹⁸⁸ Sur le lien entre violation efficace du contrat et obligation de minimisation du dommage : Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 411 et 456.

¹⁹⁸⁹ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 410. Voir également : C. R. Warkol, « Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal fact : The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach », art. préc., p. 334 et s.. L'auteur considère qu'en dépit d'une réception doctrinale importante, la théorie de la violation efficace n'a quasiment jamais été utilisée comme motif déterminant par une décision de justice.

¹⁹⁹⁰ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 86.

de l'intérêt qu'ont pu lui manifester certains auteurs¹⁹⁹¹. L'absence de réception positive en droit français de la théorie de la violation efficace ne signifie cependant pas que celui-ci empêche systématiquement les fautes contractuelles lucratives¹⁹⁹². Cependant celles-ci paraissent « accidentelles », en ce qu'elles ne résultent pas d'une légitimation du profit retiré mais de conséquences non désirées des règles s'appliquant en cas d'absence d'exécution spontanée du contrat. Cette différence n'est pas purement théorique mais se traduit également par des conséquences pratiques visibles. C'est notamment le rejet de la théorie de la violation efficace qui explique la détermination du préjudice subi et du montant des dommages et intérêts, sans imposition d'une obligation de minimisation du dommage, au jour du jugement définitif¹⁹⁹³. Surtout, ce rejet conduit à l'admission de l'exécution forcée en nature du contrat alors même que la prestation recherchée serait aisément disponible sur un marché¹⁹⁹⁴. L'introduction à l'article 1221 du Code civil par l'ordonnance du 10 février 2016¹⁹⁹⁵ d'une exception à la possibilité pour le créancier de poursuivre l'exécution en nature « s'il existe une disproportion manifeste entre son coût pour le débiteur et son intérêt pour le créancier » invite toutefois à reconsidérer cette question. Cette innovation constitue « manifestement [...] une percée de la prise en compte des données économiques en droit commun du contrat »¹⁹⁹⁶. On ne saurait pourtant voir dans cette disposition une réception sans réserve de la théorie de la violation efficace¹⁹⁹⁷.

500. L'article 1221 du Code civil et violation efficace. La condition de mise en œuvre de cette exception paraît à première vue se rapprocher d'une configuration de violation efficace dans la mesure où elle permet au débiteur d'une obligation contractuelle d'échapper à une exécution forcée en nature excessivement coûteuse alors qu'une autre réponse à l'absence d'exécution spontanée, notamment le paiement de

¹⁹⁹¹ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 455 et s.. Si l'auteur reconnaît que les violations efficaces d'un contrat sont plus rares que la présentation qui en est traditionnellement livrée, il considère néanmoins que la violation lucrative et efficace du contrat, à savoir celle qui ne s'effectue pas au détriment du cocontractant dans la mesure où celui-ci est parfaitement indemnisé de son préjudice. A. Pinna, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 491, Paris, 2007, n° 61.

¹⁹⁹² Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 428.

¹⁹⁹³ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 421.

¹⁹⁹⁴ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 419.

¹⁹⁹⁵ Ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général de la preuve des obligations, art. 2.

¹⁹⁹⁶ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, *op. cit.*, n° 638. Dans le même sens : J. Le Bourg, Ch. Quézel-Ambrunaz, « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations », *RSC* 2015.782.

¹⁹⁹⁷ Pour un tel rapprochement voir : Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, p. 63. L'auteur souligne que la disposition « entend façonner les mécanismes contractuels à la lumière dominante des impératifs du marché (pour permettre une efficience optimale du système) », ce qui rappelle fortement la théorie de la violation efficace.

dommages et intérêts, suffirait à préserver les intérêts du créancier. Elle présente cependant plusieurs particularités. La mise en œuvre de cette exception paraît, quant à la situation du débiteur, plus restreinte, ce à quoi conduirait une réception pure et simple de la théorie de la violation efficace du contrat. Outre qu'elle ne s'applique qu'à une des hypothèses de violation efficace, à savoir la violation efficace n'impliquant pas de tiers, l'exception ne suppose pas seulement pour être mise en œuvre que le débiteur ait plus d'intérêt à indemniser qu'à exécuter. L'exigence de coût manifestement disproportionné par rapport à l'intérêt du créancier à l'exécution en nature tend en effet indéniablement à réduire le champ d'application du mécanisme¹⁹⁹⁸. L'exception posée par l'article 1221 du Code civil semble donc au plus constituer une application restreinte de la théorie de la violation efficace.

Le caractère efficace de la violation pourrait par ailleurs être discuté. Le fait que l'article formule les conditions de mise en œuvre en termes de disproportion entre le coût pour le débiteur et l'intérêt pour le créancier, sans exiger que l'inexécution ne s'effectue pas au préjudice de ce dernier¹⁹⁹⁹ paraît éloigner le mécanisme d'une violation efficace au sens strict. Celle-ci suppose en effet une inexécution qui ne se fasse pas au détriment du créancier²⁰⁰⁰. Tout dépend alors de la façon dont on apprécie si l'inexécution du contrat lèse ou non le créancier après indemnisation²⁰⁰¹. À supposer que le seul critère pris en compte soit l'absence d'impact sur la valeur du patrimoine du créancier, l'exception de l'article 1221 pourra, au moins dans certaines hypothèses, être regardée comme efficace. Tel est d'ailleurs le sens que semblent généralement attribuer à l'absence de lésion de l'intérêt du créancier les défenseurs de la théorie de la violation efficace²⁰⁰². Une conception plus exigeante de l'absence de lésion pour le créancier peut cependant être retenue. Une telle condition ne serait remplie que si l'indemnité permet au créancier, sauf impossibilité²⁰⁰³, de se placer dans la situation que lui aurait permis d'atteindre l'exécution du contrat. Il semblerait alors peu probable que la mise en œuvre de l'article 1221 permette d'atteindre un tel résultat. En effet,

¹⁹⁹⁸ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, loc. cit.. Voir cependant, nuanciant la portée de cette limite : Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », art. préc..

¹⁹⁹⁹ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations*, loc. cit..

²⁰⁰⁰ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 457.

²⁰⁰¹ La détermination des critères pris en compte constitue d'ailleurs une des difficultés notables dans la recherche d'un optimum de Pareto.

²⁰⁰² Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 415 : « La réparation civile [...] rétablit l'équilibre patrimonial (Nous soulignons) rompu par l'inexécution du contrat ».

²⁰⁰³ Il s'agit cependant alors de l'autre exception prévue à l'article 1221.

sauf à ce que de façon exceptionnelle le caractère disproportionné du coût de l'exécution tienne à des spécificités propres au débiteur, le coût de la prestation auprès d'un autre cocontractant sera relativement similaire. Hors de cette hypothèse, pour que l'exception posée à l'article 1221 ait un sens, il faut nécessairement que l'évaluation faite du montant des dommages et intérêts dus par le débiteur ne corresponde pas au coût de mise en conformité avec le résultat attendu du contrat, faute de quoi le prononcé de dommages et intérêt serait tout aussi onéreux pour le débiteur que l'exécution en nature²⁰⁰⁴. On peut de plus penser que la mise en œuvre de l'article 1222 du Code civil devra être infléchie lorsque l'exception de l'article 1221 du même code est mise en œuvre : le coût raisonnable de la prestation de remplacement par laquelle le débiteur fait exécuter lui-même l'obligation devrait dans ce cas être appréciée non par rapport à la valeur de la prestation mais par rapport à l'intérêt qu'en retire le créancier, sauf là encore à vider l'article 1221 de toute portée²⁰⁰⁵.

501. L'influence de l'exigence de bonne foi du débiteur. Un dernier élément conduit à distinguer l'hypothèse visée à l'article 1221 d'une violation efficace du contrat. L'article précise expressément depuis la loi du 20 avril 2018 de ratification de l'ordonnance du 10 février 2016²⁰⁰⁶ que le débiteur doit être de bonne foi. Une telle règle s'inférait déjà antérieurement de l'application de l'article 1104 qui prévoit que les contrats doivent être exécutés de bonne foi²⁰⁰⁷. Reste à savoir ce que recouvre l'exigence de bonne foi. Est incontestablement de bonne foi au sens de l'article 1221

²⁰⁰⁴ Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », art. préc. : « dans la perspective de ce texte, les dommages-intérêts alloués en lieu et place de la prestation au « *coût manifestement déraisonnable* » devront être calculés *a minima* (ainsi que le montrent globalement les droits de *common law*) puisqu'ils ne sauraient, eux non plus, entraîner un surcoût *déraisonnable* : *sauf à se contredire, si l'on fait le choix d'écarter l'exécution en nature parce qu'elle est trop dispendieuse, il faudra veiller à ne pas réintroduire ce coût excessif pour le débiteur dans les dommages-intérêts qu'on le condamnera à verser. Ce qui fait qu'en définitive, la perte sera double pour le créancier* (souligné par l'auteur) qui, d'une part, sera dépossédé de son droit inconditionnel à l'exécution forcée et, d'autre part, sera privé d'une évaluation très protectrice des dommages-intérêts ». On peut, par ailleurs, remarquer que les arrêts présentés comme étant remis en cause par l'article 1221 (G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, loc. cit.*) concernaient non seulement l'exécution forcée en nature (Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.126, J. Mestre, B. Fages, « Tandis que la troisième chambre civile assure l'exécution forcée », *RTD civ.* 2005.596 ; Ph. Malinvaud, « Le défaut de conformité est sanctionné par l'article 1184 du code civil », *RDI* 2005.299. Sur la distinction entre exécution forcée en nature et réparation en nature et sur le pouvoir du juge de déterminer la mesure de réparation la plus adéquate : Ph. Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation, op. cit.*, n° 3213.51) que le versement de sommes correspondant à la valeur de cette exécution (Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n° 14-14.612).

²⁰⁰⁵ M. Cormier, *L'exécution forcée déraisonnable*, thèse Université Paris II – Panthéon Assas, en cours.

²⁰⁰⁶ Loi n° 2018-287 du 20 avril 2018 ratifiant l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 10.

²⁰⁰⁷ G. Chantepie, M. Latina, *La réforme du droit des obligations, loc. cit.*. Ce serait sinon jouer sur les mots en considérant qu'il s'agit ici non pas de l'exigence d'une exécution de bonne foi mais d'une inexécution de bonne foi.

le débiteur ayant cherché à exécuter son obligation mais l'ayant exécutée imparfaitement et pour qui la mise en conformité avec la prestation promise présenterait un coût disproportionné par rapport à l'intérêt qu'en retirerait le débiteur. En revanche, faut-il considérer que le débiteur peut être de bonne foi lorsqu'avant d'avoir tenté d'exécuter son obligation celle-ci se révèle être excessivement onéreuse ?²⁰⁰⁸ Sans rentrer dans le détail, on peut *a minima* souligner que l'acceptation de cette hypothèse dans le champ de l'article 1221 du Code civil risquerait de poser des questions délicates d'articulation avec la révision pour imprévision de l'article 1195 du Code civil. On peut alors souhaiter que cette hypothèse soit exclue du champ de l'exception de l'article 1221 du Code civil. Si tel était le cas, l'inexécution du contrat ne pouvant être volontaire en raison de l'exigence de bonne foi, la différence avec la violation efficace du contrat serait manifeste²⁰⁰⁹. En tout état de cause, on peut souligner qu'alors que le texte permet d'éviter au débiteur une perte trop importante, il ne lui permettra jamais de violer délibérément son obligation en vue de maximiser son profit.

502. Conclusion sur la réception de la théorie de la violation efficace. Il résulte de ces rapides développements que la réforme du droit des contrats a incontestablement renforcé la prise en compte par le droit français des contrats de considérations économiques auxquelles il était traditionnellement peu sensible²⁰¹⁰. Il serait néanmoins excessif de considérer que celui-ci consacre actuellement la théorie de la violation efficace du contrat, d'une part parce que l'exception posée par l'article 1221 a vocation à jouer de façon restreinte, d'autre part parce que les conditions posées par le texte ne semblent correspondre qu'imparfaitement à celles d'une violation efficace du contrat.

²⁰⁰⁸ Le rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 (Rapport au Président de la République relatif à l'ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations) ne semble pas exclure une telle hypothèse. Cependant celui-ci ne précise rien sur l'exigence de bonne foi, ce qui semble logique dès lors que celle-ci n'était pas textuellement visée par l'ordonnance. Par ailleurs, les développements du rapport n'ont pas d'autorité particulière.

²⁰⁰⁹ Voir par exemple en ce sens : Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 2015, supplément au n° 21, p. 47 et s., n° 14. Selon l'auteur l'exception pourrait céder en présence d'une faute lucrative.

²⁰¹⁰ Nuançant cette dernière affirmation : Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l'inexécution des obligations contractuelles », *loc. cit.*

503. La légitimité de la violation efficace du contrat. La légitimité de la théorie de la violation efficace du contrat a soulevé et soulève de violents débats, que ce soit en *common law* ou en droit français. Ces débats semblent se concentrer principalement sur deux aspects. L'idée même qui sous-tend la théorie de la violation efficace, à savoir la prévalence d'une conception pragmatique et efficace du droit sur le respect de la parole donnée dans les conditions prévues par le droit, a été critiquée. Les auteurs opposés à cette théorie soulignent qu'elle procède d'une conception du droit dans laquelle celui-ci est trop hermétiquement séparé d'une recherche de justice ou de morale²⁰¹¹. La pertinence de cette critique à l'encontre d'une conception du droit des contrats totalement abstraite de considérations morales paraît difficilement contestable²⁰¹². En revanche, la question de savoir s'il est ou non juste de permettre à un débiteur de ne pas exécuter en nature son obligation, à charge pour lui d'indemniser le créancier, paraît moins évidente. Monsieur LAITHIER affirme ainsi que « finalement, il n'est pas interdit de considérer comme juste une théorie qui oblige le débiteur à indemniser le créancier de l'ensemble de ses pertes »²⁰¹³. On peut toutefois rappeler que cette affirmation laisse ouverte la question de ce que signifie indemniser réellement le créancier de l'ensemble de ses pertes²⁰¹⁴ et qu'une réponse sur un plan purement économique rendrait l'affirmation nettement plus discutable.

Les difficultés à trancher de façon définitive cette première question ont conduit à ce que le débat ait également porté sur l'exactitude de la théorie de la violation efficace. Sans rentrer dans les détails d'une controverse²⁰¹⁵ qui excèderaient largement les présents propos, un point semble en particulier cristalliser les critiques adressées à la théorie. La théorie de la violation efficace, à rebours de son caractère prétendument pragmatique et de l'intérêt qu'elle devrait présenter pour l'intérêt économique global, et plus globalement pour l'intérêt général, serait en réalité largement théorique, idéologique et ne produirait nullement un bénéfice économique pour la société²⁰¹⁶. La

²⁰¹¹ Voir par exemple : C. R. Warkol, « Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal fact : The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach », art. préc., p. 345 et 346. L'exemple employé par l'auteur pour illustrer les excès de la théorie semble cependant, par certains aspects, contestable, celui-ci envisageant en réalité l'hypothèse d'un vol lucratif.

²⁰¹² Pour une présentation des différents arguments développés sur ce terrain : Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 412 à 414.

²⁰¹³ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 415.

²⁰¹⁴ Cf *supra*, n° 500.

²⁰¹⁵ Pour une approche détaillée de cette question, voir : Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, op. cit., n° 416 et s..

²⁰¹⁶ Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », art. préc. : « ... elle ne repose pas, comme on le prétend parfois, sur une vision plus pratique

difficulté à estimer la perte de valeur pour la société à laquelle a conduit l'inexécution, notamment si le créancier est empêché de mener à bien une activité qui pouvait elle-même être génératrice de valeurs²⁰¹⁷, ou les répercussions économiques sur l'activité d'un débiteur qui tirerait profit de façon répétée de ses inexécutions contractuelles²⁰¹⁸ est telle qu'il serait illusoire de prétendre de façon certaine calculé un optimum économique. Plus généralement, on peut se demander comment prendre en compte les conséquences négatives sur l'économie et l'intérêt général de la perte de confiance dans la parole juridiquement donnée au sein d'une société qui légitimerait de façon large des fautes contractuelles lucratives²⁰¹⁹. Monsieur LAITHIER souligne d'ailleurs que « le phénomène décrit par la théorie [de la violation efficace] risque plus souvent de contrarier que de servir l'intérêt général »²⁰²⁰.

504. Le rejet de la théorie de la violation efficace conduit non seulement à admettre de façon large l'exécution forcée en nature des obligations contractuelles, mais également, en cas de consécration d'un mécanisme de privation des profits résultants, à ne pas tenir compte de l'absence de préjudice subsistant pour la victime après indemnisation²⁰²¹. L'étude de la théorie de la violation efficace apparaît *in fine* intéressante pour la présente étude à plusieurs égards. Elle met en lumière que même dans le cadre de relations contractuelles entre personnes privées, une indemnisation exclusivement centrée sur le rétablissement d'équilibres patrimoniaux peut sembler insuffisante. Plus encore, l'importance accordée à l'intérêt général dans le débat entourant la théorie de la violation efficace illustre l'impossibilité de s'abstraire de la

et réaliste des choses : œuvre de spéculation intellectuelle et de déductions idéales, elle bâtit le plus souvent des montagnes d'abstraction ». L'auteur écrit par ailleurs que « À se placer, d'abord, sur le terrain du bénéfice économique global, justement, on aura plutôt tendance à croire aux vertus commerciales d'un système prophylactique affirmant que la convention est irrévocable – l'exécution forcée en nature en étant précisément le garant principal – plutôt qu'à celles très hypothétiques d'un droit du contrat à contre-emploi invitant, serait-ce discrètement, à sa violation ».

²⁰¹⁷ Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, *op. cit.*, n° 966.

²⁰¹⁸ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 435.

²⁰¹⁹ Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », art. préc..

²⁰²⁰ Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 436. L'auteur considère néanmoins que la théorie de la violation efficace peut néanmoins être légitimement appliquée dans certaines hypothèses restreintes.

²⁰²¹ La faiblesse de la réception de la théorie de la violation efficace explique alors sans doute le constat dressé par Madame JACQUEMIN que les dommages et intérêts punitifs sont, en matière contractuelle, plus répandus en droit français qu'en droit anglais : Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, *op. cit.*, n° 403.

considération de cet intérêt lorsque l'on envisage des mesures excédant la simple compensation du préjudice privé²⁰²².

505. Le rejet d'autres conditions. Il a, d'une part, été souligné que la privation intégrale du profit retiré de la faute ne devrait pas présenter de caractère subsidiaire. La subsidiarité a été décrite comme « une technique d'articulation d'éléments concurrents, qui subordonne à la défaillance de l'élément placé en position première le recours à l'élément placé en position subsidiaire »²⁰²³. On comprend dès lors pourquoi l'efficacité de la restitution intégrale serait grandement compromise si elle devait être subsidiaire par rapport aux autres sanctions du délit ou de la faute contractuelle²⁰²⁴ : en présence d'un dommage, le jeu normal de la responsabilité délictuelle ou contractuelle empêcherait systématiquement le jeu du mécanisme spécifique de privation des profits. Il convient toutefois évidemment de tenir compte de la pluralité de sanctions au stade de la détermination du montant des restitutions²⁰²⁵.

D'autre part, Monsieur MESA précise que cette mesure ne devrait pas être limitée au champ d'application d'autres sanctions. Cette précision se justifie surtout par le parallèle erroné fait par certains auteurs entre exécution forcée en nature et « restitution intégrale » des profits en matière contractuelle, la seconde n'apparaissant selon eux que comme une modalité particulière de la première²⁰²⁶.

b – Les effets des mesures de privation des profits.

506. Dans la détermination des règles abstraites encadrant le montant de la privation des profits, le législateur devrait imposer une stricte égalité entre la mesure et le profit. D'une part, l'efficacité du mécanisme suppose que la mesure ne puisse être inférieure au profit tiré de la faute²⁰²⁷. Pour éviter les problèmes liés à l'enrichissement de la victime, il a été proposé que la somme retirée au fautif soit attribuée à un tiers,

²⁰²² Cf *supra*, n° 190 et s..

²⁰²³ A. Gouëzel, *La subsidiarité en droit privé*, *op. cit.*, n° 172.

²⁰²⁴ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 967.

²⁰²⁵ Cf *infra*, n° 511 et s..

²⁰²⁶ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 968 ; Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 453.

²⁰²⁷ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 986. *Contra* : Y.-M. Laithier, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, *op. cit.*, n° 459 : « L'idée est simple : l'enrichissement du débiteur fautif constitue un plafond et uniquement un plafond ».

notamment un fonds de garantie²⁰²⁸. On peut toutefois se demander si une solution différente ne serait pas justifiée lorsque la faute profitable résulte de l'utilisation par un tiers non autorisé d'un droit dont, à l'image du droit de propriété, seul le titulaire pouvait tirer profit²⁰²⁹, la victime pouvant alors paraître légitime à recevoir le produit de la faute. D'autre part, la mesure de privation des profits ne saurait excéder le profit retiré de la faute²⁰³⁰. Un tel dépassement serait certes efficace mais remettrait en cause le caractère non répressif de la mesure²⁰³¹.

507. Au stade de la fixation concrète de la mesure, Monsieur MESA, considérant que la « restitution intégrale » des profits constitue un mécanisme de responsabilité civile, conclut que les principes de cette matière doivent s'y appliquer, notamment concernant le pouvoir d'appréciation souverain des juges du fond dans la détermination du *quantum* de la mesure. Cette solution semble plus profondément se justifier par le caractère extrêmement factuel de la détermination du profit tiré de la faute, ce qui suffit à rejeter par principe la compétence de la Cour de cassation. La mesure se voulant de plus strictement confiscatoire et non punitive, les juges du fond ne devraient pas tenir compte de la gravité de la faute à l'origine du profit. Ces propositions doivent sans doute être approuvées. Une réserve peut néanmoins être formulée. On peut en effet craindre que le double pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, dans la détermination de la mesure réparatrice et dans celle de la mesure confiscatoire, ne soumettent les justiciables à un risque d'arbitraire trop élevé. On peut *a minima* souhaiter que la Cour de cassation contrôle le respect, au moins formel, par les juges du fond de certaines directives et exige une justification des différents postes de profit pris en compte, à l'image de ce qui est désormais retenu en matière d'indemnisation²⁰³². Le caractère factuel du montant concret de l'enrichissement n'empêche en effet pas la détermination *a priori* des règles qui s'imposent au juge ainsi que leur contrôle par la Cour de cassation²⁰³³.

²⁰²⁸ R. Mesa, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

²⁰²⁹ Voir par exemple : Th. Krebs, « The fallacy of “Restitution for Wrongs” », art. préc., spéc. p. 393. L'auteur, qui soutient que les « *restitution for wrongs* » correspondent en réalité à des cas d'« *unjust enrichment* » considère que l'« *attribution theory* », que nous traduirons par « la théorie des droits attributifs », permet d'expliquer une grande partie des solutions en ce domaine.

²⁰³⁰ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 985.

²⁰³¹ Cf *infra*, n° 520 et s..

²⁰³² Voir notamment, en matière de dommages corporels : G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 183.

²⁰³³ Voir déjà, pour une affirmation semblable dans la détermination du montant de la réparation : L. Ripert, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 5 et s..

508. De plus, la nécessité que la confiscation corresponde au profit retiré de l'infraction conduit, dès lors que la mesure peut se cumuler avec d'autres, à tenir compte de la privation des profits que réalisent les autres mesures prononcées²⁰³⁴. Cette prise en compte ne pose pas de difficultés concernant les dommages et intérêts compensatoires dans la mesure où la solution inverse aboutirait à imposer à l'auteur de la faute, en l'absence de toute mesure punitive, un appauvrissement qui ne serait pas justifié par l'indemnisation de la victime. La question est sans doute plus complexe en présence d'une mesure répressive. Le choix du non-cumul des mesures aboutit à ce qu'en présence d'un profit supérieur au cumul de la peine maximale et des dommages compensatoires prononcés en réparation du préjudice subi par la victime l'auteur ne puisse qu'être privé du profit, ce qui, cette fois, nuit clairement aux fonctions répressive et dissuasive de la sanction pénale mise en œuvre. La logique même du mécanisme de privation des profits conduit cependant à devoir retenir une telle solution, renvoyant aux règles spécifiques aux sanctions pénales, et plus généralement répressives, pour appréhender le profit d'une façon qui assure l'efficacité de la répression²⁰³⁵.

2 – L'appréciation des mécanismes restitutifs.

509. La dualité des fautes lucratives. En dépit des avantages que présenterait l'instauration d'un mécanisme général de privation des profits, plusieurs reproches lui ont été adressés. On a ainsi pu écrire que l'instauration d'un principe de restitution intégrale présenterait une certaine incohérence, dans la mesure où il est décorrélé de la faute alors même qu'il vise à punir un comportement²⁰³⁶. Cette remarque doit cependant être nuancée dans la mesure où le mécanisme proposé ne se veut précisément pas répressif.

Surtout, ce mécanisme serait insuffisamment dissuasif²⁰³⁷, dès lors que l'auteur d'une faute lucrative aurait, sauf à ce que la détection et la neutralisation de son comportement soient certains, encore intérêt à la commettre. Cette analyse correspond à une conception particulière de la faute lucrative.

²⁰³⁴ R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 985.

²⁰³⁵ Cf *infra*, n° 818.

²⁰³⁶ I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », art. préc., n° 7.

²⁰³⁷ Cf *supra*, n° 1939.

Deux conceptions de la faute lucrative ont principalement émergé en doctrine. La faute lucrative est ainsi tantôt qualifiée d'objective, tantôt de subjective²⁰³⁸. Selon une approche objective, la faute lucrative est strictement définie par son résultat. Elle est la faute qui est génératrice d'un gain ou d'une économie, en dépit de l'indemnisation des préjudices que pourrait avoir à en faire son auteur²⁰³⁹ et plus généralement indépendamment des sanctions qu'il pourrait avoir à subir. Selon une approche subjective, la faute lucrative est celle qui résulte d'un calcul de son auteur. La faute lucrative serait alors nécessairement une faute consciente, délibérée²⁰⁴⁰, qui résulterait d'un raisonnement aux termes duquel l'auteur de la faute tiendrait compte du profit espéré, du risque en cas de sanction ainsi que des probabilités que cette sanction survienne. Les questions soulevées par ces deux catégories de fautes lucratives semblent sensiblement différentes²⁰⁴¹.

510. Les difficultés de prévention des fautes lucratives subjectives.

Lorsque la faute lucrative est entendue subjectivement, la simple confiscation des profits tirés de l'infraction peut sembler insuffisante. Ainsi que BECCARIA l'écrivait déjà : « Pour qu'un châtement produise l'effet voulu, il suffit qu'il surpasse l'avantage du délit ; encore faut-il faire entrer en ligne de compte la certitude de la punition et la perte du profit escompté »²⁰⁴². Madame FOURNIER DE CROUY évoque en ce sens les travaux de Gary BECKER²⁰⁴³. Selon ce dernier, pour dissuader la faute d'un acteur rationnel, une sanction pécuniaire doit être telle que son montant est supérieur au profit retiré de l'infraction multiplié par l'inverse de la probabilité que la sanction soit prononcée²⁰⁴⁴. Il en résulte alors que plus la probabilité de sanction est faible, plus le coefficient multiplicateur du profit pour déterminer le stade à partir duquel une sanction est dissuasive est fort. Deux remarques semblent, à ce stade, nécessaires. On peut globalement souscrire à cette analyse. La réalité du gain retiré par l'auteur de la faute peut toutefois être extrêmement complexe à prendre en compte au regard notamment

²⁰³⁸ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 2.

²⁰³⁹ R. Mesa, « La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

²⁰⁴⁰ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 208 ; I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », art. préc., n° 16 et s..

²⁰⁴¹ *Contra* : N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 2.

²⁰⁴² C. Beccaria, *Des délits et des peines, op. cit.*, p. 124.

²⁰⁴³ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, n° 180.

²⁰⁴⁴ Sur l'effet dissuasif des sanctions en matière pénales, voir : M. Cusson, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 741, spéc. p. 746 et s..

des coûts qu'engendre la pratique. Deux éléments semblent notamment complexes : les coûts de procédure²⁰⁴⁵ et, concernant les acteurs économiques, la perte réputationnelle qu'induit l'adoption de comportements déloyaux²⁰⁴⁶. De plus, la probabilité de mise en œuvre de la sanction se subdivise en deux éléments à prendre en compte : la probabilité de détection du comportement et la probabilité, une fois le comportement détecté, qu'une sanction soit effectivement prononcée²⁰⁴⁷.

En résumé, soit S le *quantum* de la sanction, P le profit retiré de la faute en tenant compte des coûts intrinsèques de réalisation des manœuvres, C l'ensemble des coûts résultant de la pratique pour son auteur en cas de détection, notamment les coûts de procédure et les pertes induites par l'atteinte à la réputation, Q1 la probabilité de détection du comportement, Q2 la probabilité de sanction en cas de détection du comportement, pour que la sanction soit dissuasive il est nécessaire que :

$$S > P / (Q1 \times Q2) - C \times Q1$$

La multiplication des coûts résultant de la pratique pour son auteur en cas de détection du comportement par la probabilité de détection du comportement (laquelle est nécessairement inférieure ou égale à 1) apparaît en effet nécessaire dans la mesure où plus les chances de détection sont basses, plus les chances de devoir supporter ces coûts seront réduits. À moins que Q1 et Q2 ne soient systématiquement égales à 1, la seule privation des profits ne permettra ainsi pas de dissuader l'adoption du comportement, si bien que cette privation paraît une mesure inefficace dans la lutte contre les fautes lucratives subjectives²⁰⁴⁸. De plus, certains auteurs ont proposé d'affecter le numérateur de cette équation d'un coefficient pour tenir compte de l'aversion ou du goût pour le risque de l'auteur de la pratique²⁰⁴⁹. Cet élément semble

²⁰⁴⁵ N. Brahy, V. Cassiers, « La flexibilité des sanctions en droit économique », in *La flexibilité des sanctions, XXIe journées juridiques J. Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 479.

²⁰⁴⁶ Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », art. préc..

²⁰⁴⁷ N. Brahy, V. Cassiers, « La flexibilité des sanctions en droit économique », *loc. cit.*.

²⁰⁴⁸ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative, op. cit.*, notamment n° 4, 6, 98 151, 155, 223 et 319. Voir également : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle, op. cit.*, n° 497, note n° 447 : « Priver le fautif du seul bénéfice ne permet pas une sanction efficace, car elle autorise un calcul de probabilité » ; P.-D. Vignolle, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? (acte II) », art. préc., I-A ; J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », art. préc., I-A-2.

²⁰⁴⁹ R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles, op. cit.*, n° 130. Soit R l'indice rendant compte du goût pour le risque, R étant plus grand à mesure que le goût du risque du fautif augmente, le calcul serait alors : $S > (P \times R) / (Q1 \times Q2) - C \times Q1$

cependant difficilement quantifiable et il semble préférable de simplement déterminer un maximum de la sanction suffisamment supérieur à l'autre terme du calcul pour laisser une marge d'appréciation au juge.

511. Les intérêts de la stricte privation des profits. La conception subjective de la faute lucrative conduit à considérer que dans l'extrême majorité des cas, seule une sanction supérieure au profit pourra être dissuasive. Il est cependant manifeste qu'une telle sanction conduit à une détérioration de la situation de l'auteur de la faute, détérioration qui n'est justifiée que par la nécessité de dissuader l'adoption du comportement en réprimant la commission. Constituant, du fait du facteur multiplicateur, une mesure répressive²⁰⁵⁰ elle rencontre les limites inhérentes à ce type de sanction, notamment concernant l'application des principes protecteurs de la matière pénale²⁰⁵¹, et notamment du principe de légalité criminelle. En outre, si jamais les chances de détection ou de répression d'un comportement sont très faibles, le facteur de multiplication qui en résulterait, en application du calcul précédemment évoqué, pourrait être extrêmement important, ce qui soulèverait des difficultés vis-à-vis du principe de proportionnalité.

Les auteurs qui soutiennent l'introduction d'un principe de restitution intégrale, et plus largement d'un mécanisme général de confiscation des profits²⁰⁵², mettent en avant le fait que ce mécanisme, dès lors qu'il ne vise pas à infliger une perte au fautif mais simplement à l'empêcher de retirer un gain de son comportement, échappe aux règles protectrices liées à la matière pénale²⁰⁵³. Dès lors, si la consécration d'un tel mécanisme ne permettrait pas toujours de dissuader parfaitement les auteurs de fautes lucratives subjectives, il réaliserait néanmoins une amélioration peu contestable, permettant d'éviter de laisser à l'auteur d'une faute, alors même que le comportement serait effectivement réprimé, un profit en raison du caractère nécessairement ponctuel des mesures visant à dissuader de façon plus marquée.

²⁰⁵⁰ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, op. cit., n° 264.

²⁰⁵¹ Cf *infra*, n° 517 et s..

²⁰⁵² R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, op. cit., n° 984 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, op. cit., n° 406 et s..

²⁰⁵³ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 4, note n° 18 ; G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 13.

512. La matière pénale et la privation des profits. L'intérêt reconnu à la privation des profits repose alors sur un postulat : celui que ces mécanismes échappent aux règles applicables à la matière pénale. Cette question est toutefois largement débattue²⁰⁵⁴. Certains auteurs soutiennent que ce type de mécanismes est totalement dépourvu de dimension punitive²⁰⁵⁵. D'autres au contraire y voient un mécanisme tourné vers la répression du fautif²⁰⁵⁶. Entre ces deux positions, certains auteurs considèrent que la restitution des profits constitue, lorsqu'elle joue au profit de la victime, une peine privée, mais qu'elle échappe néanmoins au champ de la matière pénale²⁰⁵⁷. Les différents éléments pris en compte par la Cour européenne des droits de l'homme²⁰⁵⁸, notamment la finalité de la mesure ainsi que sa gravité, peuvent alors donner lieu à discussion concernant la confiscation des profits²⁰⁵⁹.

513. Conclusion. À supposer l'exclusion des mesures de privation des profits de la matière pénale admise, ces mesures constitueraient alors un mécanisme balai utile pour empêcher *a minima* qu'un individu puisse, alors même que son comportement aurait donné lieu à une action, tirer profit de sa faute. Néanmoins, même dans ce cas, l'adoption ponctuelle de mécanismes à la dimension répressive plus nettement marquée serait nécessaire. D'une part en effet, la simple confiscation des profits ne dissuade et ne réprime pas toujours efficacement la commission de fautes lucratives entendues subjectivement. D'autre part, lorsque le mécanisme général de confiscation des profits se cumulerait avec d'autres sanctions, il ne pourrait conduire, même en présence d'une mesure punitive, à excéder le profit retiré par l'auteur de la faute, si bien qu'il ne permettrait pas à la mesure punitive de jouer efficacement son rôle. Il faudrait pour cela que la confiscation du profit s'effectue indépendamment des autres mesures punitives prononcées. Le caractère répressif d'une telle mesure est néanmoins plus marqué et on peut douter de la possibilité de la prévoir de façon générale. En droit pénal, le législateur a déjà procédé à une extension des cas dans lesquels une telle

²⁰⁵⁴ Voir notamment : R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 528 et s.. Sur l'analyse en droit comparée, voir les n° 529 et s..

²⁰⁵⁵ G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc., p. 35 : « ... tel n'est pas le cas pour la restitution du profit illicite qui n'a aucun caractère punitif et s'apparente davantage à la restitution d'un paiement indu ou d'un enrichissement sans cause ou encore à la cessation de l'illicite. Or, toutes ces mesures relèvent du droit civil ».

²⁰⁵⁶ C. Le Gallou, *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 486, Paris, 2007, n° 305 ; N. Rias, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? », art. préc..

²⁰⁵⁷ Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, *op. cit.*, n° 280.

²⁰⁵⁸ Cf *supra*, n° 522.

²⁰⁵⁹ R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 530.

mesure de confiscation est possible. Il peut alors sembler souhaitable de poursuivre ce développement, voire de l'étendre aux sanctions pécuniaires civiles²⁰⁶⁰.

*

* *

514. Conclusion de titre et de partie. Les sanctions pécuniaires civiles, qu'elles se manifestent sous forme d'amende civile ou de peine pécuniaire privée, révèlent, à l'étude, un attachement beaucoup plus fort à la logique inhérente à la responsabilité pénale qu'à celle de la responsabilité civile, même si la situation des peines pécuniaires privées est incontestablement plus complexe. La qualification civile de ces mécanismes ne paraît pas résulter d'une véritable logique d'ensemble, mais de la volonté du législateur de soumettre ponctuellement certains mécanismes répressifs à un régime qui emprunte, au moins sur certains points, certaines caractéristiques généralement attachées au droit civil.

Ce constat ne doit pourtant pas nécessairement conduire à un refus global des sanctions pécuniaires civiles dès lors que leur justification paraît essentiellement pratique : ces sanctions constituent une piste de réponse à certaines insuffisances des sanctions traditionnelles, pénales ou civiles, pour assurer le respect des règles juridiques. Cette raison d'être des sanctions pécuniaires civiles explique d'ailleurs grandement les difficultés à dégager une cohérence conceptuelle. Trop grande sévérité du droit pénal face à certains comportements, manque de maîtrise technique des juges pénaux, manque d'adaptabilité des peines traditionnelles d'une part, inadaptation des conditions, des effets et de la charge finale de la responsabilité civile pour dissuader et réprimer les illicéités, notamment lucratives, d'autre part, la multiplicité des raisons avancées pour recourir aux sanctions pécuniaires civiles brouille inévitablement la cohérence de ces mécanismes. Un tel constat est particulièrement visible s'agissant des amendes civiles²⁰⁶¹ : l'opposition dégagée entre les figures classique de cette sanction, mises en œuvre dans des domaines limités et proches du cœur de la matière civile, et les manifestations renouvelées de cette sanction, dans des domaines plus techniques et

²⁰⁶⁰ Cf *infra*, n° .

²⁰⁶¹ Cf *supra*, n° 56.

variés s'explique essentiellement par une évolution des raisons de recourir à ce mécanisme.

D'une cohérence renouvelée dans les raisons de recourir aux sanctions pécuniaires civiles pourrait apparaître une cohérence renouvelée de la notion. En particulier, il serait envisageable de recourir à ce type de sanctions pour décharger le droit pénal de la punition de comportements techniques afin de lui permettre de se recentrer sur la protection des valeurs sociales jugées fondamentales afin de gagner en clarté et en efficacité. Le recours aux sanctions pécuniaires civiles, notamment à des amendes civiles, pourrait par exemple décharger le droit pénal de la sanction de formalités administratives qui, pour être nécessaires, ne constituent pas des comportements nuisibles à la cohérence sociale²⁰⁶². Une telle évolution supposerait cependant de s'assurer que les sanctions pécuniaires civiles soient circonscrites à la répression de comportements ne présentant pas une nocivité trop importante. À ce titre, on peut douter que l'ensemble des comportements visés par l'article L. 442-4 du Code de commerce mérite de demeurer dans le champ de répression des amendes civiles²⁰⁶³, certains des faits visés par l'article étant largement susceptible, en dépit de la distinction des pratiques anticoncurrentielles et des pratiques restrictives de concurrence, de porter des atteintes majeures à l'économie. De plus, et à l'inverse, une refonte profonde du champ d'intervention du droit pénal serait également nécessaire afin de libérer celui-ci de la répression des comportements les plus bénins²⁰⁶⁴. Ainsi repensé, le champ d'intervention des sanctions pénales et des sanctions pécuniaires civiles permettrait de redonner à chacune de ces sanctions leur cohérence.

515. L'importance des refontes nécessaires à une telle mise en cohérence rend cependant celles-ci peu probables dans un futur proche. À s'en tenir à la configuration juridique actuelle, plusieurs éléments méritent d'être soulignés. L'inclusion de mécanismes principalement punitifs au sein du droit civil pourrait certes s'avérer destructrice de la cohérence de notre système juridique. Néanmoins, dès lors que le caractère artificiel du rattachement est assumé et que les sanctions pécuniaires civiles

²⁰⁶² Cf *supra*, n° 336.

²⁰⁶³ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 292.

²⁰⁶⁴ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, *op. cit.*, p. 334 et s.. L'auteur propose de repenser le champ d'intervention du droit pénal au sens strict par rapport à d'autres mécanismes répressifs en fonction de l'utilité de la sanction, comprise non seulement comme l'effet instrumental de celle-ci mais aussi en fonction de la valeur accordée à la norme protégée et en fonction de la justice, laquelle dépend de la proportionnalité de la sanction.

sont présentées comme des sanctions de nature pénale artificiellement qualifiées de civiles afin de produire certains effets, le risque de perte de cohérence qu'entraîne le recours à ce type de sanction semble limité et acceptable²⁰⁶⁵. Reste cependant qu'il doit sans doute rester cantonné aux cas dans lesquels le recours à des mécanismes plus respectueux des catégories juridiques habituelles ne semble pas suffisant. Tel semble notamment le cas de la lutte contre les fautes lucratives entendues subjectivement. La seule privation des profits ne paraissant pas de nature à dissuader de la commission de ce genre de fautes, l'introduction de sanctions pécuniaires civiles dans les domaines identifiés comme particulièrement propices à la commission de telles fautes²⁰⁶⁶ peut sembler opportune, sans toutefois nécessairement s'y limiter : l'équivalence entre sanction pécuniaire civile et faute lucrative n'est en effet ni absolue, ni évidente. Pas absolue d'abord, en ce que ni les amendes civiles, ni les pratiques occultes de dommages et intérêts « punitifs » ni l'ensemble des projets de réforme de la responsabilité civile ne semblent limiter le recours à des sanctions pécuniaires civiles au cas des fautes lucratives²⁰⁶⁷. Pas évidente ensuite, dès lors que les systèmes étrangers consacrant le recours à des dommages et intérêts punitifs n'ont pas limité le prononcé de ces dommages et intérêts à la caractérisation de telles fautes²⁰⁶⁸.

Au-delà de ces remarques, une difficulté, majeure, demeure toutefois à ce stade : même en considérant que le caractère civil des sanctions étudiées ne tient, au moins pour une part d'entre elle, qu'à un tropisme vers le régime généralement applicable aux mécanismes civils, cette attraction vers le droit civil est manifestement variable. Ainsi, alors que les dommages et intérêts punitifs prennent au moins en partie l'apparence d'une technique connue du droit de la responsabilité civile, tel n'est pas le cas des amendes civiles. Au demeurant, la mesure dans laquelle les principes applicables au droit pénal peuvent être évincés est actuellement trop incertaine. Dans la mesure où la consécration d'une véritable « responsabilité civile répressive » semble essentiellement justifiée par des considérations pratiques, l'étude approfondie de son régime apparaît nécessaire.

²⁰⁶⁵ Ainsi que l'écrit Madame DELMAS-MARTY : « Ne pas faire n'importe quoi, c'est savoir ce qu'on choisit et s'y tenir » (M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 257).

²⁰⁶⁶ Cf *supra*, n° 479.

²⁰⁶⁷ Voir notamment, pour différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile : *supra*, n° 279 et s.. Pour les pratiques jurisprudentielles officieuses : *supra*, n° 215 et s.. Il faut pourtant reconnaître que lorsque l'intérêt de recourir à de telles sanctions est admis, ce sont principalement les fautes lucratives qui paraissent faire l'objet d'un consensus (*supra*, n° 478 et s.).

²⁰⁶⁸ Cf *supra*, n° 255 et s..

Deuxième partie : Le régime des sanctions pécuniaires civiles.

516. La justification du recours aux sanctions pécuniaires civiles ne permet pas une présentation théorique unitaire, ce qui suppose que le régime de celles-ci soit clarifié afin de parvenir à des solutions satisfaisantes et prévisibles. Le caractère répressif extrêmement marqué de ce type de sanctions impose alors de retenir une présentation particulière, afin de tenir compte de l'importance des normes encadrant le recours à des mécanismes punitifs. Pour le dire autrement, il convient sans doute de s'interroger sur ce que le régime des sanctions pécuniaires civiles peut être, avant de s'intéresser à ce qu'il devrait-être.

Il faut alors constater qu'en dépit de l'importance de l'encadrement supralégislatif des sanctions pécuniaires civiles (Titre I), le législateur dispose d'une liberté importante, ce qui rend nécessaire l'établissement d'un régime général des sanctions pécuniaires civiles (Titre II) lorsque celles-ci constituent une réponse à la violation d'une norme sociale générale.

TITRE I – L'ENCADREMENT SUPRALÉGISLATIF DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES.

517. Le recours aux sanctions pécuniaires civiles suppose, avant toute chose, que le principe même de ce recours soit conforme aux règles supralégislatives, spécialement aux règles constitutionnelles et européennes. Cette question pourrait sembler ne pas mériter que l'on s'y attarde, la validité de principe de mécanismes répressifs extrapénaux paraissant acquise²⁰⁶⁹.

²⁰⁶⁹ Voir déjà, concernant les sanctions pécuniaires civiles : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 201 et s..

La trop grande rigidité de la répression pénale apparaît cependant comme l'une des considérations principales auxquelles une partie de la doctrine ainsi que certains projets officiels entendent répondre en recourant aux sanctions pécuniaires civiles²⁰⁷⁰. Dès lors, l'étude de l'application des principes directeurs du droit pénal à ces sanctions paraît indispensable. La question n'est pourtant pas nouvelle et certaines études y consacrent déjà des développements éclairants, spécialement en matière de peines privées²⁰⁷¹, si bien que l'étude approfondie de cette difficulté pourrait paraître superflue. Tel n'est pourtant pas le cas. D'une part, la complexité des jurisprudences européenne et constitutionnelle concernant le champ d'application des principes directeurs du droit pénal ne permet pas de faire l'économie de développements poussés afin de déterminer, à la fois, les sanctions pécuniaires civiles qui sont soumises à ces principes et la mesure dans laquelle ces principes s'y appliquent. D'autre part, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile envisage la consécration d'une amende civile extrêmement générale et d'une sévérité indéniable. Ce contexte rend incontestablement nécessaire de cerner le plus précisément possible la façon dont les principes directeurs du droit pénal limitent le recours aux sanctions pécuniaires civiles dont la dimension répressive est la plus marquée. À l'étude générale des rapports qu'entretiennent les principes directeurs du droit pénal et les sanctions pécuniaires civiles (Chapitre I) doit ainsi succéder celle de la mise en œuvre des principes susceptibles de limiter le recours aux sanctions pécuniaires civiles (Chapitre II).

Chapitre I – Les principes directeurs du droit pénal et les sanctions pécuniaires civiles.

518. Les sanctions pécuniaires civiles constituent des mécanismes, dans leur majorité, extrêmement proches des sanctions pénales, tout en étant formellement

²⁰⁷⁰ Voir notamment : G. Viney, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, *op. cit.*, n° 222 et « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

²⁰⁷¹ Par exemple : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 206 et s. ; C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 514 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 297 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 528 et s. ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 212 ; L. Neyret, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 939 et s. ; F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc..

exclues du domaine du droit pénal *stricto sensu*. Par conséquent, la question de l'application des principes directeurs du droit pénal se pose nécessairement (Section I). Le seul fait d'établir que les principes directeurs du droit pénal sont applicables aux sanctions pécuniaires civiles, ou à une part d'entre elles, est toutefois insuffisant. Les spécificités, matérielles ou formelles, des sanctions pécuniaires civiles conduisent à s'interroger sur la mesure dans laquelle les principes directeurs du droit pénal leur sont applicables (Section II).

Section I – L'application des principes directeurs du droit pénal.

519. Le forçage de la qualification civile des sanctions pécuniaires étudiées se justifie par la volonté de faire échapper ces sanctions aux règles normalement applicables en droit pénal. Il pourrait ainsi sembler paradoxal que ces sanctions soient soumises aux principes protecteurs normalement attachés au droit pénal. L'objet même de ces principes commande cependant que leur application ne soit pas laissée à la seule volonté législative. Issus, en France, de la Révolution, leur raison d'être est la protection des individus face à l'arbitraire étatique, en présence de mesures extrêmement attentatoires aux droits et libertés²⁰⁷². Il est donc légitime de « ne pas laisser le droit pénal s'infiltrer sournoisement dans les autres branches du droit, et [d'] éviter que, par cet artifice, il se délivre des principes qui en guident l'articulation et l'application »²⁰⁷³. Il est également essentiel qu'aucun des organes chargés de faire respecter les différents corps de règles desquels émanent les principes protecteurs du droit pénal ne s'arrêtent à la qualification législative des sanctions. Ce serait autrement donner au législateur la faculté de délimiter le champ d'application de principes dont l'objet est précisément d'encadrer son pouvoir²⁰⁷⁴. Cette approche semble commune aux autorités chargées d'appliquer tant les règles supralégislatives d'origine européenne (§I) que constitutionnelles (§II).

²⁰⁷² C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 512.

²⁰⁷³ Y. Mayaud, « Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », art. préc., p. 483.

²⁰⁷⁴ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 233 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 287, Paris, 1997, n° 211 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 516 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 151.

§I – Les règles supralégislatives d’origine européenne.

520. Au-delà de la volonté des juridictions européennes d’assurer l’effectivité des droits qu’elles sont chargées de protéger, une approche en partie détachée des qualifications internes peut sembler justifiée au regard des divergences de conceptions entre les différents États parties²⁰⁷⁵. Cette approche autonome du champ dans lequel les règles protectrices liées à la répression trouvent à s’appliquer a conduit les juridictions européennes, et principalement la Cour européenne des droits de l’homme, à développer la notion de « matière pénale » (A), notion qui s’applique dans une large mesure aux sanctions pécuniaires civiles (B).

A – La « matière pénale ».

521. L’approche autonome retenue par la Cour européenne des droits de l’homme l’a, logiquement, conduite à devoir faire émerger une notion propre, celle de « matière pénale » (1) dont il convient de préciser les critères (2).

1 – L’émergence de la notion de « matière pénale ».

522. Développement de la notion conventionnelle de « matière pénale ». Plusieurs textes issus de la Convention de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales ont pour objet d’encadrer les mesures répressives que peut infliger un État partie à la Convention²⁰⁷⁶. A s’en tenir pour l’instant au texte de la Convention même, deux articles sont principalement concernés : l’article 6 protégeant le droit à un procès équitable, le paragraphe 2 de cet article étant plus précisément consacré aux garanties spécifiques à la matière pénale, et l’article 7 affirmant qu’il ne peut exister de peine sans loi. Retenant une approche autonome des notions mentionnées dans ces articles, la Cour européenne des droits de l’homme a dégagé un

²⁰⁷⁵ M.-A. Essein, « L’interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme », in D. Rousseau, F. Sudre, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l’homme. Droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, STH, Nancy, 1990, p. 137 et s., spéc. p. 142.

²⁰⁷⁶ Ce n’est théoriquement pas la mesure abstraite que devrait contrôler la Cour mais son application concrète dans un cas particulier. La Cour européenne s’est toutefois emparée de cette compétence : M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, n° 211 et 212.

champ commun pour l'ensemble des règles visant à encadrer l'action répressive des États membres, les regroupant, selon l'expression de l'article 6§1, au sein de la « matière pénale »²⁰⁷⁷.

523. Peine et « matière pénale ». Certains arrêts semblent pourtant distinguer la notion de peine au sens conventionnel de celle de « matière pénale ». Ainsi, dans l'arrêt *Welch*, la Cour affirma : « La notion de “peine” contenue dans cette disposition [à savoir l'article 7] possède, comme celles de “droits et obligations de caractère civil” et d’*“accusation en matière pénale”* (c'est nous qui soulignons) figurant à l'article 6 par. 1 (art. 6-1), une portée autonome ». Cette présentation semble distinguer peine et « matière pénale ». Tout comme la notion interne de peine, la peine au sens conventionnel apparaît avant tout rétributive²⁰⁷⁸. Elle est, aux termes de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la réponse à une infraction²⁰⁷⁹. Cette présentation oblige alors à s'interroger sur les critères de l'infraction au sens de la Convention²⁰⁸⁰. Or certaines différences émergent, à la marge, dans l'identification que la Cour opère selon qu'il s'agit de la notion d'infraction ou de celle de « matière pénale »²⁰⁸¹. Toutefois, la proximité des notions et la quasi-identité des critères mis en œuvre par elle pour qualifier chacune de ces catégories invite à les réunir et à les considérer conjointement²⁰⁸².

2 – Les critères de la « matière pénale ».

²⁰⁷⁷ M. Delmas-Marty, « Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.* 1986, chron. p. 27. L'auteur estime que la jurisprudence de la Cour sur la définition de la « matière pénale » opère une modification du champ du droit pénal.

²⁰⁷⁸ Cf *supra*, n° 136.

²⁰⁷⁹ CEDH, *Jamil c. France*, 8 juin. 1995, n° 15917/89 ; CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90 ; CEDH, *M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, n° 19359/04, § 120 ; E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 90 ; J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *RSC* 2002.517, n° 5.

²⁰⁸⁰ Sur la méthode d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme voir plus généralement : CEDH, *Gloder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, n° 4451/70, § 29 et s. ; P. Dourneau-Josette, « Convention européenne des droits de l'Homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019 (actualisation févr. 2020), n° 5.

²⁰⁸¹ L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995, p. 303.

²⁰⁸² Voir également, assimilant les champs d'application des articles 6 et 7 de la Convention : M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, n° 3. Sur la proximité des notions : D. Roets, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'Homme », *D.* 2008.1840, note n° 40 ; L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, Paris, 2^e éd., 1999, spéc. art. 7, p. 302 : « Alors même que la Commission a pu reconnaître que l'article 7 fixait “des critères beaucoup plus élaborés”, elle n'hésite pas à interpréter l'infraction de cet article de la même manière que “l'accusation en matière pénale” de l'article 6 ».

524. C'est naturellement à la Cour européenne des droits de l'homme qu'est revenue la tâche de dégager les critères de la « matière pénale » (a), qui se trouvent transposés à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (b).

a – Les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme.

525. **Domaine de la matière pénale**²⁰⁸³. L'ensemble des mesures punitives ne s'épuise pas au sein du droit pénal. Au-delà des sanctions pécuniaires civiles, les sanctions administratives et disciplinaires offrent l'occasion d'une véritable répression hors des frontières du droit pénal *stricto sensu*. Si la Cour européenne des droits de l'homme n'interdit pas qu'en droit interne une mesure pleinement punitive reçoive une qualification autre que pénale, elle limite fortement les conséquences de cette qualification au regard de la Convention. La position de la Cour fut initiée dans l'arrêt *Engel et autres contre Pays-Bas*. Dans cette affaire, diverses sanctions disciplinaires avaient été infligées à des individus dans le cadre de leur service militaire. La Cour affirma :

« Si les États contractants pouvaient à leur guise qualifier une infraction de disciplinaire plutôt que de pénale, ou poursuivre l'auteur d'une infraction "mixte" sur le plan disciplinaire de préférence à la voie pénale, le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7 se trouverait subordonné à leur volonté souveraine. Une latitude aussi étendue risquerait de conduire à des résultats incompatibles avec le but et l'objet de la Convention. La Cour a donc compétence pour s'assurer, sur le terrain de l'article 6 [...], que le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénal »²⁰⁸⁴.

²⁰⁸³ Voir par exemple : F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 9^{ème} éd., 2003, p. 290 et s. ; E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, *op. cit.*, n° 94 à 99 ; M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, p. 63 et s. ; M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, *loc. cit.* ; J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », art. préc., spéc. n° 3 ; P. Dourneau-Josette, « Convention européenne des droits de l'Homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », art. préc., n° 14 et 770 et s. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 144.

²⁰⁸⁴ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71, § 81.

526. Cette solution fut reprise dans l'arrêt *Öztürk contre Allemagne* au sujet d'une amende administrative en matière routière. De façon plus claire encore, elle affirme : « La Convention n'empêche pas les États, dans l'accomplissement de leur rôle de gardiens de l'intérêt public, d'établir ou maintenir une distinction entre différents types d'infractions définis par le droit interne et d'en fixer le tracé, mais il ne s'ensuit pas que la qualification ainsi adoptée soit déterminante aux fins de la Convention »²⁰⁸⁵. Dès lors, la Cour, adoptant une conception extensive de la « matière pénale »²⁰⁸⁶, se détache en partie des qualifications internes et retient une approche matérielle²⁰⁸⁷ reposant sur trois critères : la qualification interne, la nature de l'infraction et enfin le degré de gravité de la sanction²⁰⁸⁸. Ces critères se retrouvent quasiment à l'identique lorsque la Cour européenne des droits de l'homme qualifie une mesure de peine au sens conventionnel²⁰⁸⁹.

527. Qualification en droit interne. La qualification interne de la mesure n'appelle pas de longues remarques. Il s'agit ici d'un critère formel, qui n'est susceptible de jouer que dans un sens : si la mesure est qualifiée de pénale en droit interne, elle sera soumise aux principes régissant la « matière pénale ». À l'inverse, l'absence d'une telle qualification ne saurait exclure la mesure considérée de la

²⁰⁸⁵ CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, 21 févr. 1984, n° 8544/79, §49. P. Dourneau-Josette, « Convention européenne des droits de l'Homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », art. préc., n° 14. Voir également : CEDH, *Malige c. France*, 23 sept. 1998, n° 27812/95, § 34 ; CEDH, *Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, préc., § 27.

²⁰⁸⁶ M. Delmas-Marty, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, op. cit., p. 371 à 374. Présentant la « matière pénale » comme « flou du droit pénal », l'auteur écrit « la difficulté est de comprendre comment peuvent appartenir au même ensemble des situations aussi différentes que des arrêts de rigueur prononcés contre des militaires néerlandais (Engel), une amende administrative sanctionnant en RFA une infraction à la circulation routière (Öztürk) et une perte de remise de peine infligée dans une prison britannique (Campbell et Fell) ». Madame DELMAS-MARTY considère alors que la matière pénale ne relève pas d'une logique binaire d'inclusion ou de non-inclusion mais de degré d'appartenance, la « matière pénale » désignant alors « les sous-ensembles flous du droit pénal ». Pour un autre exemple de la diversité des cas inclus au sein de la matière pénale : M.-A. Essein, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », art. préc., p. 142.

²⁰⁸⁷ F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 48 et s. ; F. Sudre, « Les libertés protégées par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau, F. Sudre, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, op. cit., p. 17 et s., n° 8 ; E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 104 ; J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'Homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2015, n° 373.

²⁰⁸⁸ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 82 ; CEDH, *Öztürk c. Allemagne*, préc., § 50 ; CEDH, *Schmautzer c. Autriche*, 23 oct. 1995, n° 15523/89, §87 ; CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 oct. 1995, n° 15963/90 ; §35, F. Moderne, « Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », art. préc. ; CEDH, *Putz c. Autriche*, 22 févr. 1996, 18892/91, § 31.

²⁰⁸⁹ La Cour affirme que les éléments à prendre en compte sont « la qualification de la mesure en cause en droit interne, sa nature et son but, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité » : CEDH, 17 déc. 2009, *M. c. Allemagne*, préc., § 120. Sur l'influence des critères dégagés sur le terrain de l'article 6 sur l'application de l'article 7 de la Convention : L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, op. cit., p. 302.

« matière pénale », la Cour retenant de la peine une vision partiellement autonome afin d'assurer l'effectivité de la Convention²⁰⁹⁰. Comme l'écrivaient les juges de Strasbourg dans l'arrêt Engel : « En résumé, l'“autonomie” de la notion de “matière pénale” opère pour ainsi dire à sens unique »²⁰⁹¹.

528. Nature de la mesure. Le critère tiré de la nature de la mesure est bien plus délicat, dans la mesure où cette nature peut dépendre de plusieurs variables. Si l'inclusion de la sanction au sein de la « matière pénale » sera plus facilement admise lorsque la sanction s'inscrit dans un « contexte de droit pénal »²⁰⁹², une telle inclusion dépend également de la finalité punitive de la mesure²⁰⁹³, une mesure poursuivant un but exclusivement préventif et dissuasif ne pouvant ainsi pour la Cour « être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction »²⁰⁹⁴. De plus, la généralité des personnes susceptibles d'être visées par la mesure est prise en compte²⁰⁹⁵, ce qui permet à la Cour de distinguer les sanctions relevant de la matière pénale des sanctions disciplinaires.

529. Gravité de la sanction. Le dernier critère, empreint d'une certaine subjectivité, renvoie à la gravité de la sanction. Il a été proposé de considérer que ce critère est rempli dès lors que la sanction est privative de liberté ou, si elle est de nature pécuniaire, lorsqu'elle atteint un montant très important²⁰⁹⁶. Force est cependant de constater que la jurisprudence de la Cour européenne n'est pas aussi simple. Ainsi, la Cour a considéré, à plusieurs reprises, que des amendes convertibles en emprisonnement ne relevaient pas de la matière pénale²⁰⁹⁷. Reste cependant que la nature et la mesure de la sanction apparaissent comme des critères déterminants dans l'appréciation de sa gravité.

²⁰⁹⁰ E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 106 et 108 ; L.-E. Pettiti, E. Decaux, P.-H. Imbert, *La convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, op. cit., spéc. art. 6, p. 239.

²⁰⁹¹ CEDH, *Engel et autres c. Pays-Bas*, préc., § 81.

²⁰⁹² J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », art. préc., n° 5, citant CEDH, *Jamil c. France*, préc., § 32.

²⁰⁹³ E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 96.

²⁰⁹⁴ CEDH, *Gradel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05, § 43 ; E. Dreyer, « Un an de droit européen en matière pénale », *Dr. pén.* 2010, chron. 3, n° 24.

²⁰⁹⁵ E. Bonis-Garçon, V. Peltier, *Droit de la peine*, op. cit., n° 91. Voir également M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., n° 353, qui conclut qu'il faut se demander si l'infraction : « vise [...] à réprimer une atteinte à l'ordre juridique étatique ou à un ordre particulier ».

²⁰⁹⁶ M. Degoffe, *Droit de la sanction non pénale*, op. cit., p. 353.

²⁰⁹⁷ CEDH, *Ravnsborg c. Suède*, 23 mars 1994, n° 14220/88, § 35 ; *Putz c. Autriche*, préc., § 37.

530. Rapports des différents critères. Les différents critères énumérés par la Cour apparaissent principalement alternatifs²⁰⁹⁸. Ceux-ci peuvent cependant devenir cumulatifs, notamment lorsque l'approche alternative ne permet pas de parvenir à une conclusion suffisamment claire²⁰⁹⁹. Cette présentation peut néanmoins sembler remise en cause en raison de plusieurs arrêts par lesquels la Cour affirme que « La gravité de la mesure n'est toutefois pas décisive en soi, puisque de nombreuses mesures non pénales de nature préventive peuvent avoir un impact substantiel sur la personne concernée »²¹⁰⁰. L'expression « pas décisive en soi » invite en effet à retenir une approche cumulative des différents critères. On peut néanmoins penser que la simple nature rétributive, le caractère sanctionnateur, de la mesure suffit, pour peu que cette mesure soit suffisamment grave, pour l'inclure au sein de la « matière pénale », et cela même si elle ne s'inscrit pas dans un « contexte de droit pénal ». En revanche, une mesure poursuivant une finalité totalement différente, notamment indemnitaire²¹⁰¹ ou de pure prévention, ne pourrait jamais recevoir cette qualification, quelle que soit sa gravité. Cette présentation semble cohérente avec l'affirmation de la Cour selon laquelle les critères sont, par principe, alternatifs mais peuvent donner lieu à une approche cumulative lorsque l'examen isolé de chaque critère ne permet pas de parvenir à une solution claire²¹⁰².

b – La transposition à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

531. La Charte. Adoptée le 7 décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a acquis « une valeur juridiquement

²⁰⁹⁸ F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 49 : après avoir semblé adopter une approche cumulative dans l'arrêt *Bendenoun c. France* du 24 février 1994, la Cour se serait rangée à une approche alternative : CEDH, *Putz c. Autriche*, préc., § 31. Voir déjà : CEDH, *Lutz c. Allemagne*, 25 août 1987, n° 9912/82, § 55 : « A la vérité, le Gouvernement semble reprocher à l'arrêt *Öztürk* de ne pas avoir pris en compte la nature et le degré de sévérité de la sanction que risquait de subir l'intéressé. Il croit y voir un changement par rapport à l'arrêt *Engel* et autres du 8 juin 1976. La Cour relève que les deux derniers critères adoptés par celui-ci et l'arrêt *Öztürk* sont alternatifs et non cumulatifs (Nous soulignons) : pour que l'article 6 (art. 6) s'applique au titre des mots "accusation en matière pénale", il suffit que l'infraction en cause soit, par nature, "pénale" au regard de la Convention, comme en l'occurrence, ou ait exposé l'intéressé à une sanction qui, par sa nature et son degré de gravité, ressortit en général à la "matière pénale" ».

²⁰⁹⁹ F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 296 et s..

²¹⁰⁰ CEDH, *M. c. Allemagne*, préc., §120 ; CEDH, *Welch c. RU*, préc., §32.

²¹⁰¹ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », art. préc., n° 3.

²¹⁰² CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10, §° 94.

contraignante et équivalente à celle des traités constitutifs »²¹⁰³ en vertu du traité de Lisbonne, adopté le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009. Son champ d'application est plus restreint que celui de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la mesure où l'article 51 de la charte dispose : « Les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, *ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* » (nous soulignons). Même si l'expression « lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » est interprétée de façon relativement large par la Cour de justice de l'Union européenne²¹⁰⁴, la Charte n'a pas vocation à s'appliquer à n'importe quelle disposition nationale.

Plusieurs articles de la Charte concernent directement l'encadrement des mesures pénales. Ainsi l'article 48 fonde au sein de la Charte les principes de présomption d'innocence et de respect des droits de la défense des personnes accusées, l'article 49 est relatif aux principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines et l'article 50 renvoie au droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction, autrement dit à la règle *ne bis in idem*.

532. Domaine d'application des articles 48 à 50 de la Charte. L'article 52§3 de la Charte dispose : « Dans la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention de sauvegarde des droits de

²¹⁰³ F. Picod, S. Van Drooghenbroeck (dir), « Introduction », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 13.

²¹⁰⁴ CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, 26 févr. 2013, C-617/10, §19 et 21 : « En effet, il résulte, en substance, de la jurisprudence constante de la Cour que les droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union ont vocation à être appliqués dans toutes les situations régies par le droit de l'Union, mais pas en dehors de telles situations » « les droits fondamentaux garantis par la Charte devant, par conséquent, être respectés lorsqu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union, il ne saurait exister de cas de figure qui relèvent ainsi du droit de l'Union sans que lesdits droits fondamentaux trouvent à s'appliquer. L'applicabilité du droit de l'Union implique celle des droits fondamentaux garantis par la Charte » ; D. Simon, « Ne bis in idem », *Europe* 2013, comm. 154. Pour une application récente de cette jurisprudence voir par exemple : CJUE., *El Hassani*, 13 déc. 2017, aff. C-403/16 ; L. Coutron, « Chronique contentieux de l'Union européenne – Autonomie procédurale et/ou article 47 de la Charte : quel(s) fondement(s) pour le droit au juge ? », *RTD eur.* 2018.363 ; O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2018.313, II-A-1 ; Ph. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère, Ch. Gänser, « Chronique de la jurisprudence de la CJUE », *AJDA* 2018.329. De façon plus générale la Cour de justice tient compte de plusieurs éléments pour déterminer le champ d'application de la Charte. Elle recherche notamment « si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter » : CJUE, *Ida*, 8 nov. 2012, aff. C-40/11, § 79 ; F. Picod, « Article 51. Champ d'application », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1059 et s., spéc. n° 28. Voir également sur cette question : *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux*, JOUE du 14 déc. 2007, 2007/C 303/02, Explication ad article 51.

l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue ». Ce paragraphe trouve particulièrement à s'appliquer concernant les articles 48 à 50 de la Charte des droits fondamentaux. Ainsi, les principes de légalité des délits et des peines, de proportionnalité des peines²¹⁰⁵ ou de présomption d'innocence²¹⁰⁶ s'appliquent de façon identique lorsqu'ils sont mis en œuvre sur le fondement de la Charte ou de la Convention²¹⁰⁷. Toutefois, certains droits sont reconnus de façon plus large par la Charte que par la Convention, si bien que la Cour de justice n'a pas besoin de se livrer à une analyse similaire à celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Tel est notamment le cas du droit à un procès équitable, reconnu à l'article 47, qui, s'il revêt le même sens que l'article 6 de la Convention a néanmoins une portée plus étendue, n'étant pas limité aux contestations relatives aux droits de caractère civil et aux accusations en matière pénale²¹⁰⁸.

Les incertitudes pesant sur les critères de la matière pénale tels que dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme permettent sans doute à la Cour de justice de l'Union européenne de s'en affranchir dans une certaine mesure²¹⁰⁹. Il n'en reste pas moins que c'est principalement par rapport aux règles dégagées dans le cadre de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme que les règles prévues aux articles 48 à 50 de la Charte sont interprétées.

B – L'application aux sanctions pécuniaires civiles.

²¹⁰⁵ *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, op. cit.*, Explication ad articles 49 et 52 ; D. Rebut, « Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1027 et s., spéc. n° 3 : « La définition du principe de la légalité dans sa dimension interne et internationale et celle du principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus sévères reproduisent fidèlement celles de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'Homme. Ces principes ont le même sens et la même portée que ceux garantis par cet article en application de l'article 52, paragraphe 3, de la Charte (Nous soulignons) ».

²¹⁰⁶ *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, op. cit.*, Explication ad article 48 : « L'article 48 est le même que l'article 6, paragraphes 2 et 3, de la CEDH ». M.-A. Beernaert, « Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1007 et s., spéc. n° 1 et 3 à 6.

²¹⁰⁷ A. Bailleux, « Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article, op. cit.*, p. 1113 et s., spéc. n° 10.

²¹⁰⁸ *Explications relatives à la Charte des droits fondamentaux, op. cit.*, Explication ad article 52 ; A. Bailleux, « Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », art. préc., n° 12.

²¹⁰⁹ E. Dreyer, « L'amende civile concurrence de l'amende pénale ? », art. préc., n° 4.

533. Dès lors que les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme ne se limitent pas à la qualification formelle retenue par les différents États membres, l'inclusion des sanctions pécuniaires civiles au sein de la matière pénale peut être envisagée tant pour les amendes civiles (1) que pour les peines pécuniaires privées (2).

1 – L'application aux amendes civiles.

534. La Cour européenne des droits de l'homme ne s'était jamais, à notre connaissance, prononcée sur la qualification au regard de la Convention d'une amende civile antérieurement à l'année 2019. Dans un arrêt du 1^{er} octobre 2019, la Cour européenne des droits de l'homme a admis l'inclusion au sein de la matière pénale de l'amende anciennement prévue à l'article L. 442-6 du Code de commerce²¹¹⁰. Une telle solution s'imposait à l'évidence au regard des différents critères dégagés par la Cour : bien que, par hypothèse, les amendes civiles ne relèvent pas, selon le droit interne, du droit pénal, il restait à considérer les deuxième et troisième critères, à savoir la nature de la mesure et sa gravité. En présence d'une amende civile d'un montant aussi élevé que celle prévue en matière de pratiques restrictives de concurrence, la solution semblait acquise.

535. Qualification des amendes civiles d'un montant élevé. Un auteur soulignait que l'inclusion des amendes civiles d'un montant très élevé dans le champ de la matière pénale semble difficilement contestable²¹¹¹. Dans la mesure où les amendes civiles constituent des mécanismes clairement rétributifs, la gravité de la mesure suffit en ce cas à rendre applicable les différentes règles liées à la « matière pénale ». Les amendes du Code de commerce²¹¹² et celle envisagée par le projet de réforme du droit de la responsabilité semblent de ce fait nécessairement constituer des peines au sens de la Convention. Telle est bien la solution retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2019 qui « relève la sévérité de la sanction encourue, puisqu'il s'agit d'une amende civile pouvant atteindre

²¹¹⁰ CEDH, *Carrefour France c. France*, préc., § 41.

²¹¹¹ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 29.

²¹¹² Voir toutefois antérieurement : Nîmes, 25 févr. 2010, préc.. M. Béhar-Touchais, « Éviction des règles protectrices du droit pénal en cas de condamnation à une amende civile », *RLC* 2010/25.

deux millions d'euros », confirmant de ce fait l'application de l'article 6 dans son volet pénal²¹¹³.

536. Qualification des amendes civiles d'un montant moins élevé. La prise en compte de la gravité de la sanction laisse cependant planer une relative incertitude concernant des sanctions qui, sans être d'un montant dérisoire, n'atteignent pas les montants colossaux des sanctions évoquées. Qu'en est-il d'une sanction de 3 000 euros ? De 10 000 euros ? Selon Madame BÉHAR-TOUCHAIS, « quand l'amende civile est de faible montant (et je réserve pour l'instant le sort des amendes civiles d'un montant élevé), elle est incontestablement soumise à des principes de droit civil, moins contraignants que les principes du droit pénal »²¹¹⁴. Dans cette catégorie, l'auteur inclut l'ensemble des amendes civiles prévues par le Code civil ainsi que celles du Code de procédure civile qui n'excédaient pas, à l'époque, 3 000 euros. L'affirmation semble excessive. Outre les difficultés liées à la détermination du seuil en deçà duquel une mesure est suffisamment bénigne, cette approche occulte le critère de la nature de la mesure, qui peut justifier à lui seul l'application des règles liées à la matière pénale. Il n'est qu'à songer à l'arrêt *Öztürk*. Dans cette affaire, au sujet d'une amende administrative d'un montant de 60 deutsch mark, soit environ 30 euros, prononcée en raison de la conduite automobile imprudente du requérant, la Cour avait considéré, en faisant prévaloir le critère de la nature de la mesure²¹¹⁵, que « le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l'article 6 de la Convention, la nature pénale de l'infraction litigieuse »²¹¹⁶. Explicitant sa position, la Cour avait affirmé dans l'arrêt *Lutz contre Allemagne* que les critères de la nature de la sanction et de sa gravité étaient alternatifs et non cumulatifs²¹¹⁷, même si une approche cumulative est possible lorsque la mise en œuvre de chaque critère séparément ne permet pas d'aboutir à une solution claire. Une telle solution fut réaffirmée par la Cour dans l'arrêt du 1^{er} octobre 2019 au sujet de l'amende civile anciennement édictée par l'article L. 442-6 du Code de commerce²¹¹⁸. Dans cette affaire, la Cour avait d'ailleurs considéré que le deuxième critère, celui de la nature de la sanction, était

²¹¹³ CEDH, *Carrefour France c. France*, préc., § 41.

²¹¹⁴ M. Béhar-Touchais, « L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », art. préc., n° 13.

²¹¹⁵ CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c. Allemagne*, préc., § 52.

²¹¹⁶ CEDH, 21 févr. 1984, *Öztürk c. Allemagne*, préc., § 53.

²¹¹⁷ CEDH, 25 août 1987, *Lutz c. Allemagne*, préc., § 55. Voir également sur cette question : C. Teitgen-Colly, « Le cadre juridique de la répression administrative dans les secteurs techniques », in *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, op. cit., p. 83 et s., spéc. p. 87.

²¹¹⁸ CEDH, *Carrefour France c. France*, préc., § 40.

bien rempli par l'amende en cause²¹¹⁹, ce qui paraît indiquer que ce seul critère aurait suffi à inclure cette mesure au sein de la matière pénale.

537. Existence d'amendes civiles échappant à la qualification de peine au sens de la convention. Reste alors que certaines amendes civiles, notamment celles édictées par le Code civil pour sanctionner les manquements des officiers d'état civil aux obligations liées à leur fonction ne semblent pas pouvoir être qualifiées de peines au sens de la Convention : d'un montant très modeste, elles ne sont applicables qu'à un groupe restreint de justiciables²¹²⁰ et seraient sans aucun doute qualifiées de disciplinaires par la Cour européenne des droits de l'homme²¹²¹.

538. En revanche, la mise en œuvre des critères dégagés par la Cour européenne pourrait conduire, nous semble-t-il, à qualifier de peine une part importante des amendes civiles d'un montant intermédiaire²¹²², notamment les amendes civiles venant sanctionner l'exercice abusif d'actions en justice. On pourrait néanmoins s'interroger. En effet, dans les décisions *Ravnsborg*²¹²³ et *Putz*²¹²⁴, la Cour a qualifié de disciplinaires des amendes permettant au juge de réprimer des comportements inappropriés en cours d'instance. La solution retenue au sujet de ces amendes également édictées dans un cadre procédural, alors même que celles-ci pouvaient être converties en peines privatives de liberté, ne doit-elle pas conduire à considérer que les amendes de procédure civile échappent à la matière pénale ? La question se pose avec d'autant plus d'acuité que tant la Cour de cassation que le Conseil d'État font preuve d'une grande souplesse à l'égard des amendes civiles pour procédure abusive²¹²⁵, allant jusqu'à refuser l'inclusion au sein de la « matière pénale » de certaines amendes civiles

²¹¹⁹ CEDH, *Carrefour France c. France*, préc., § 41.

²¹²⁰ On peut d'ailleurs remarquer que tel n'est pas parfaitement le cas de l'amende prévue à l'article 192 du Code civil, celle-ci n'étant pas limitée aux officiers d'état civil. Toutefois l'extrême modicité de la somme rend peu probable l'inclusion de cette mesure au sein de la matière pénale.

²¹²¹ Ce qui ne signifie cependant pas que l'amende civile puisse de façon générale être qualifiée de mesure disciplinaire. Cf *supra*, n° 143 et 144.

²¹²² *Contra* : F. Rouvière, « Le pouvoir répressif du juge civil », art. préc. : « Rappelons de même que la "matière pénale" de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme ne concerne pas seulement la peine mais suppose encore d'identifier matériellement une accusation (CEDH, *Deweert c/ Belgique*, 27 févr. 1980, n° 6903/75, §§44 et 46) et que la notion d'infraction couverte par le principe de légalité des délits et des peines a surtout suscité une réflexion sur les privations de liberté en matière disciplinaire (depuis CEDH 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, § 82). Dans une large mesure, l'amende civile échapperait ainsi à la matière pénale telle que définie par le juge européen ».

²¹²³ CEDH, *Ravnsborg c. Suède*, préc., § 34.

²¹²⁴ CEDH, *Putz c. Autriche*, préc., § 33.

²¹²⁵ Cf *infra*, n° 539.

en matière de procédure²¹²⁶. Il nous semble néanmoins que les amendes civiles sanctionnant l'exercice de procédures abusives ou dilatoires devraient être qualifiées de peines au sens de la Convention. En effet, la régulation des comportements dans le cadre d'une instance ne présente pas la généralité ou l'importance de sanctions venant sanctionner l'exercice, certes déviant, d'un des droits reconnus par la Convention elle-même, le droit d'agir en justice. Comme le souligne Monsieur DEGOFFE, toute sanction est *a priori* suspecte, ou plutôt nécessairement grave, lorsque l'individu exerce une liberté²¹²⁷. À l'inverse, les amendes venant sanctionner certains comportements adoptés dans le cadre d'une instance déjà ouverte pourraient échapper à la matière pénale²¹²⁸.

Entre ces deux hypothèses, les amendes civiles applicables par le juge en cas de non-respect de ses injonctions par les tuteurs et autres organes tutélaires²¹²⁹, ainsi que celles désormais applicables aux parents faisant délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée à une décision ou à certains accords en matière d'autorité parentale²¹³⁰, soulèvent davantage d'interrogations. Les premières relèvent en effet en partie d'une logique disciplinaire, venant sanctionner les manquements de certains individus identifiés aux obligations découlant de leur mission. De plus, celles-ci s'inscrivent dans un contexte restreint, ne pouvant résulter que d'un manquement à un ordre adressé par le juge. Toutefois, à la différence des amendes encourues par les officiers d'état civil, le montant maximal de ces amendes, fixé à 10 000 euros par l'article 1216 du Code de procédure civile, est loin d'être négligeable. La combinaison de ces éléments rend particulièrement incertaine la qualification de ces amendes au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Les secondes en revanche semblent ne pas être disciplinaires. En effet, quand bien même l'amende civile prévue à l'article 373-2-6 du Code civil n'est applicable qu'en cas de résistance particulièrement marquée des parents à des actes présentant une nature judiciaire ou quasi-judiciaire, la généralité des justiciables potentiellement visés par cette mesure semble la faire sortir du champ disciplinaire.

²¹²⁶ *Ibid.*

²¹²⁷ M. Degoffe, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », art. préc..

²¹²⁸ Tel pourrait notamment être le cas concernant certaines demandes effectuées dans le cadre d'une procédure en cours (par exemple : CPC, art. 295, 305 et 348). La situation de l'amende venant sanctionner les témoins défaillants peut sembler plus complexe dans la mesure où ceux-ci ne sont pas partie à la procédure. Pourrait également échapper au champ de la matière pénale l'amende envisagée dans le cadre des « chantiers de la justice » en cas de non-production intégrale des pièces détenues et de non-célérité procédurale : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 10^{ème} éd., 2019, n° 750.

²¹²⁹ C. civ., art. 411-1 et 417.

²¹³⁰ C. civ., art. 373-2-6, al. 5.

539. Position du Conseil d'État et de la Cour de cassation en matière d'amende civile pour procédure abusive. La Cour de cassation, s'appuyant sur l'analyse antérieurement livrée par le Conseil d'État des amendes civiles applicables en cas d'exercice abusif d'actions en justice²¹³¹, a expressément exclu ces amendes du champ d'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme, motif pris de ce que celles-ci constitueraient des mesures de procédure civile²¹³². Sans même insister, à ce stade²¹³³, sur la vacuité d'une telle justification rendant sans doute illégitime l'exclusion de l'amende civile du champ de la matière pénale²¹³⁴, on peut souligner que la jurisprudence de la Cour de cassation présente une certaine incohérence quant au domaine d'application de l'article 6§1 de la Convention²¹³⁵.

540. L'amende civile constitue en général une peine au sens de la Convention. En conclusion, certains cas d'amende civile actuellement existants peuvent échapper à la qualification de peine au sens de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme. Néanmoins l'amende civile relève par principe de la « matière pénale »²¹³⁶. En toute hypothèse, tel serait nécessairement le cas d'un mécanisme général tel que celui envisagé par le projet de réforme du droit de la responsabilité²¹³⁷, la finalité répressive de la mesure, la généralité des comportements sanctionnés et l'importance de la sanction nécessaire à l'efficacité du mécanisme ne laissant sur ce point que peu de place au doute.

²¹³¹ Cf *supra*, n° 125.

²¹³² Crim., 27 févr. 2002, n° 01-85.573, A. Giudicelli, « La chambre de l'instruction n'est pas tenue de motiver spécialement le montant de l'amende civile, dont le prononcé n'entre pas dans les prévisions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 2002.625. Voir également, pour l'article 32-1 du Code de procédure civile : Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-11.676.

²¹³³ Cf *infra*, n° 797.

²¹³⁴ Sur les incertitudes de la notion de « mesure de procédure civile » : H. Croze, « Conditions du prononcé de l'amende civile », *Procédures* 2015, comm. 316. Pour plus de précisions : *infra*, n° 561.

²¹³⁵ A. Giudicelli, « La chambre de l'instruction n'est pas tenue de motiver spécialement le montant de l'amende civile, dont le prononcé n'entre pas dans les prévisions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », art. préc. : « si le droit d'agir de la victime d'une infraction entre dans le champ d'application du texte européen car relatif au droit à réparation, on voit mal pourquoi, quel que soit d'ailleurs le rattachement catégoriel opéré ("matière pénale" / "matière civile"), la sanction de l'abus de ce droit, qui a des conséquences patrimoniales pour le justiciable, en serait exclue ». La Cour de cassation est certes revenue sur cette absence d'exigence de motivation : cf *infra*, n° 820.

²¹³⁶ Voir par exemple en ce sens : M. Malaurie-Vignal, « Entre répression et réparation que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », art. préc. ; E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 4 ;

²¹³⁷ F. Graziani, « La généralisation de l'amende civile : entre progrès et confusions », art. préc., II-B ; F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 4 ; J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », art. préc., II-A.

2 – L'application aux peines pécuniaires privées.

541. Astreintes et clauses pénales. La question de la qualification de l'ensemble des peines pécuniaires privées au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme et des libertés fondamentales paraît théoriquement intéressante. Ainsi, la spécificité de la norme dont le non-respect est sanctionné par une astreinte ou une clause pénale conduit à s'interroger au regard du deuxième critère tiré de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. L'astreinte, qui punit le non-respect d'une décision de justice, assure la mise en œuvre d'une règle d'ordre public et peut sembler relever de la matière pénale²¹³⁸. En revanche, un raisonnement similaire ne peut être retenu pour les clauses pénales. On peut, en effet, raisonnablement penser que le caractère privé tant de la norme sanctionnée que de l'origine de la sanction conduirait à considérer que la nature de la mesure n'est pas pénale²¹³⁹, l'ordre juridique protégé étant ici sans doute un ordre particulier²¹⁴⁰. En dépit de leur intérêt théorique, la qualification des astreintes et des clauses pénales présente un intérêt pratique limité. Dans la mesure où ces sanctions ne permettent pas de réguler des comportements abstraitement considérés mais seulement des normes individuelles et précises, le recours à ce type de sanction n'est pas généralisable. C'est ainsi sur la qualification conventionnelle des dommages et intérêts punitifs que l'attention se concentrera.

542. Dommages et intérêts punitifs. Certains auteurs semblent considérer que les dommages et intérêts punitifs échappent à la matière pénale²¹⁴¹. Toutefois, cette

²¹³⁸ J.-M. Moulin, « Le paiement de l'astreinte prononcée contre la société absorbée incombe à la société absorbante », *GP* 2016/38, p. 78 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 530. L'auteur considère de plus que l'astreinte remplit sans doute le caractère de gravité ce qui permet de confirmer son appartenance à la matière pénale.

²¹³⁹ *Contra* : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 532 : « [Les peines privées] pourraient toutes, selon nous, entrer dans la "matière pénale" telle qu'a pu la dégager la Cour européenne des droits de l'homme ».

²¹⁴⁰ *Cf supra*, n° 528.

²¹⁴¹ *Cf supra*, n° 311. La position de Madame VINEY sur la question semble quelque peu incertaine. Si elle affirme que les dommages et intérêts punitifs devraient être soumis aux principes des articles 6 et 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 14 ; G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc., p. 33. Dans cet article l'auteur ne faisait cependant référence qu'à l'article 6 de la Convention) l'auteur considère néanmoins que « le principe de "légalité des délits et des peines" fait obstacle, dans certains domaines, à [l'efficacité du droit pénal], soit parce que certaines des fautes commises ne sont pas incriminées pénalement, soit parce que les peines prévues par la loi se révèlent insuffisantes pour dissuader les auteurs des

position paraît désormais minoritaire²¹⁴². Le caractère extrêmement limité des consécutions officielles en droit français de dommages et intérêts punitifs²¹⁴³ rend l'analyse de la question quelque peu difficile, dans la mesure où une certaine incertitude entoure la forme exacte que ceux-ci pourraient prendre. La qualification de ce type de sanction peut, semble-t-il, être envisagée, tant concernant les dommages et intérêts officieusement punitifs que pour ceux envisagés en droit prospectif.

543. Dommages et intérêts officieusement punitifs. C'est principalement sous une forme officieuse que l'idée de dommages et intérêts punitifs semble s'être développée en droit français²¹⁴⁴. Le contrôle de ce type de sanction au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'avère donc difficile. Le contrôle ne devrait en effet jamais pouvoir être mis en œuvre par les juridictions françaises, dès lors que les règles nationales en matière de fixation du montant des dommages et intérêts interdisent théoriquement au juge de s'abstraire du dommage effectivement subi par la victime. Un contrôle conventionnel de ces dommages et intérêts impliquant une reconnaissance de leur caractère punitif de la part des juridictions nationales, les juges devraient plutôt invalider la sanction sur le terrain des règles nationales entourant le *quantum* des dommages et intérêts. De même, le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme de dommages et intérêts punitifs au regard des principes liés à la « matière pénale » semble peu probable. L'aspect officieux des pratiques envisagées contraindrait en effet la Cour européenne, pour inclure ces sanctions au sein de la matière pénale, à opérer un contrôle extrêmement factuel et précis de la réalité du dommage subi et de l'adéquation du montant des dommages et intérêts prononcé. On peut raisonnablement penser que la Cour n'a

activités les plus lucratives. Dans ces cas, pourquoi ne pas donner au droit civil un rôle complémentaire de celui qui est habituellement confié au droit pénal ? » (G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, *op. cit.*, n° 13 ; G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc., p. 32). Ces deux positions semblent difficilement conciliables dès lors que l'article 7 de la Convention fonde au sein de celle-ci le principe de légalité des délits et des peines.

²¹⁴² Considérant que les dommages et intérêts punitifs, et plus généralement les peines privées, relèvent de la matière pénale, voir par exemple : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 205 et s. ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 324 ; R. Mesa, *Les fautes lucratives en droit privé*, *op. cit.*, n° 929 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 529 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 531 ; R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 129.

²¹⁴³ Cf *supra*, n° 285.

²¹⁴⁴ Cf *supra*, n° 215. Adde : G. Viney, *Introduction à la responsabilité*, *op. cit.*, n° 74-5.

généralement pas les moyens d'opérer ce type de contrôle, *a fortiori* en présence de dommages impossibles à évaluer objectivement en argent²¹⁴⁵.

544. Possibilité marginale d'un contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme. Toute possibilité de contrôle des dommages et intérêts punitifs occultes de la part de la Cour européenne des droits de l'homme n'est pourtant pas à exclure. La Cour en fournit un exemple dans l'arrêt Pakdemirli c/ Turquie du 22 février 2005²¹⁴⁶. Dans cette affaire, un parlementaire turc avait prononcé un discours véhément à l'encontre du Président de la République Turque. Le parlementaire fut condamné à verser des dommages et intérêts au Président en application de l'article 49§2 du Code des obligations, lequel prévoit la possibilité pour une « personne dont le droit de la personnalité a été violé de manière illégale [de se] porter partie civile afin de réclamer une somme d'argent à titre de dommages et intérêts pour les préjudices moraux subis ». L'article indique par ailleurs que « Dans l'évaluation de la somme des dommages et intérêts moraux, le juge prend en considération, entre autres, le statut, la fonction et la situation socio-économique des parties »²¹⁴⁷. La Cour de cassation turque avait, antérieurement, affirmé que la mesure ainsi prononcée ne devait pas « revêtir la nature d'une sanction »²¹⁴⁸. En l'espèce, les juges du fond condamnèrent le parlementaire à des dommages et intérêts d'un montant équivalent à la moitié de son patrimoine en affirmant que « Les thèses classiques selon lesquelles la réparation ne serait pas un moyen d'enrichissement ou qu'elle ne devrait pas laisser espérer l'avènement de l'acte illicite, sont abandonnées »²¹⁴⁹. Cette décision fit certes l'objet d'une cassation, mais sur un terrain purement probatoire. Les juges de renvoi prononcèrent des dommages et intérêts du même montant, l'équivalent de 60 000 euros, intérêts compris. La Cour de cassation turque rejeta cette fois le pourvoi. Le parlementaire formula alors une requête devant la Cour européenne des droits de l'homme sur le terrain des articles 10, 6§1 et 1^{er} du premier protocole additionnel. La Cour ne se prononça certes pas directement sur l'application de l'article 6§1, ayant déjà conclu à la violation de l'article 10 et considérant « qu'aucune question distincte ne se pose sur le terrain de l'article 6§1 »²¹⁵⁰.

²¹⁴⁵ Cf *supra*, n° 216.

²¹⁴⁶ CEDH, *Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, n° 35839/97 ; J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 2005.1886, *in fine*.

²¹⁴⁷ CEDH, *Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, préc., § 25.

²¹⁴⁸ CEDH, *Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, préc., § 28.

²¹⁴⁹ CEDH, *Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, préc., § 15.

²¹⁵⁰ CEDH, *Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, préc., § 63.

Elle releva néanmoins, au regard de la motivation du montant des dommages et intérêts, que « La réflexion punitive du juge, aux dépens du principe de proportionnalité prévu dans la législation et de la jurisprudence nationales, transforme la réparation en une amende civile »²¹⁵¹.

L'emploi de l'expression « amende civile » semble erroné dans la mesure où l'attributaire du produit était la victime du comportement. Il fait cependant peu de doute au regard de la motivation de l'arrêt que la Cour européenne des droits de l'homme aurait, si cela avait été nécessaire, inclus la sanction au sein de la « matière pénale », alors même que la législation nationale ne prévoyait qu'une simple mesure indemnitaire. Les circonstances de l'espèce étaient néanmoins particulières. D'une part, le montant de la sanction était très élevé et semblait manifestement décorrélé de la réalité du préjudice. D'autre part, le dépassement de l'objet indemnitaire de la mesure était ouvertement assumé par les juges. Il semble que dans ces circonstances particulières, la Cour est prête à appliquer les règles attachées à la « matière pénale » à des dommages et intérêts punitifs²¹⁵², quand bien même ce caractère ne découlerait pas de la loi.

545. Dommages et intérêts punitifs envisagés en droit prospectif. À s'en tenir aux dommages et intérêts punitifs au sens strict, ce qui exclut notamment le mécanisme envisagé à l'article 54 du projet élaboré sous la direction de Monsieur TERRÉ²¹⁵³, il est peu probable que les propositions des différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile puissent échapper à la « matière pénale »²¹⁵⁴. Ces sanctions n'étant pas qualifiées de pénales en droit national, il convient de rechercher dans quelle mesure les deux autres critères dégagés par la Cour européenne des droits de l'homme conduisent à inclure ces sanctions au sein de la matière pénale. Le critère de la nature de la sanction semble à lui seul suffisant pour qualifier de peine, au sens conventionnel, les dommages et intérêts punitifs des différents projets. Les dommages

²¹⁵¹ CEDH, *Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, préc., § 53.

²¹⁵² E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », art. préc., n° 13 ; E. Juen, « Vers la consécration des dommages et intérêts punitifs en droit français », art. préc., n° 2.

²¹⁵³ Cf *supra*, n° 284.

²¹⁵⁴ Outre les références citées en note de bas de page n° 2142, voir par exemple : D. Fasquelle, R. Mesa, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », art. préc. ; M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. – Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », art. préc., n° 9. Voir cependant : Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Mme. Christiane Taubira, Garde des sceaux, ministre de la Justice, op. cit.*, p. 55 et s. : les auteurs du rapport critiquent la proposition des projets sous la direction de Pierre CATALA et Monsieur TERRÉ dans la mesure où ceux-ci conduiraient à introduire des sanctions punitives sans les garanties du procès pénal.

et intérêts punitifs dont l'introduction était proposée à l'article 1371 de l'avant-projet réalisé sous la direction de Pierre CATALA et à la recommandation 24 du rapport d'information rédigé par Messieurs ANZIANI et BÉTEILLE visaient la répression des fautes lucratives. L'objet de ces mesures étant de dissuader et au besoin de réprimer la violation de règles impératives, la nature de la mesure semble bien devoir conduire à appliquer les règles attachées à la « matière pénale »²¹⁵⁵. La même conclusion s'impose concernant la faute manifestement délibérée de l'article 1371 de l'avant-projet sous la direction de Pierre CATALA et la faute intentionnelle de l'article 69 du projet sous la direction de Monsieur TERRÉ.

Une remarque semble à ce stade nécessaire. En dépit de quelques incertitudes concernant le champ d'application des différentes sanctions envisagées²¹⁵⁶, certaines semblent clairement applicables en matière contractuelle²¹⁵⁷. La spécificité de la norme sanctionnée ne doit-elle pas alors conduire à exclure ces dommages et intérêts punitifs du champ de la « matière pénale » ? La réponse doit sans doute être négative. D'une part, à la différence d'une clause pénale, l'origine de la sanction est étatique ce qui rend difficile de considérer que l'ordre juridique protégé par la répression est un ordre particulier. Certes la norme contractuelle résulte de la volonté privée des parties, mais la répression particulière à l'initiative du législateur d'un type spécifique de manquement contractuel montre que la répression de ce type de comportement dépasse la simple relation *inter partes*. D'autre part, et de façon plus générale, en présence de dommages et intérêts punitifs non plafonnés, le critère de la gravité potentielle de la sanction devrait, en tout état de cause, conduire à considérer que la sanction relève de la « matière pénale ».

§II – Les règles supralégislatives constitutionnelles.

²¹⁵⁵ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, loc. cit.. On peut d'ailleurs remarquer que le rapport d'information rédigé par Messieurs ANZIANI et BÉTEILLE envisageait la qualification de peine, au sens conventionnel, des dommages et intérêts punitifs pour conclure qu'il existait une incertitude sur ce point : A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, op. cit., p. 87.

²¹⁵⁶ I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », art. préc., n° 15.

²¹⁵⁷ Tel est notamment le cas des dommages et intérêts punitifs prévus dans l'avant-projet sous la direction de Pierre CATALA : S. Carval, « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », art. préc. ; A. Anziani et L. Béteille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, op. cit., p. 89.

546. À la différence de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel ne se réfère pas à la « matière pénale » mais aux sanctions ayant le caractère d'une punition (A), notion qui trouve logiquement à s'appliquer en matière de sanctions pécuniaires civiles (B).

A – Les sanctions ayant le caractère d'une punition.

547. À l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, le Conseil constitutionnel a dégagé une notion permettant d'appréhender les mécanismes punitifs formellement exclus du droit pénal afin de leur appliquer les principes normalement attachés à celui-ci. Il s'agit de la notion de sanction ayant le caractère d'une punition (1), notion dont les contours présentent une relative incertitude (2).

1 – La notion de sanction ayant le caractère d'une punition.

548. Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et sanctions punitives. Les articles 7 à 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen fondent, avec certains principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, l'essentiel de la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière de sanctions punitives²¹⁵⁸. Le premier de ces textes semble certes en partie lié à la légalité des délits et des peines²¹⁵⁹, mais c'est surtout à l'article 8 que ce principe est rattaché, ainsi que les principes de nécessité et de non-rétroactivité de la loi pénale²¹⁶⁰. L'article 9 concerne, quant à lui, la présomption d'innocence. De la même façon que les juridictions européennes, le Conseil constitutionnel ne limite pas le champ d'application de ce texte au droit pénal *stricto sensu*. Pour appréhender les mécanismes punitifs formellement exclus du champ du droit pénal, il développa, à partir de 1982²¹⁶¹,

²¹⁵⁸ Pour de nombreuses références de décisions du Conseil constitutionnel appliquant l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen, voir : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 209, note n° 2. Pour une rapide présentation des « principes structurants » du droit pénal issus de textes à valeur constitutionnelle : G. Drago, B. de Lamy, « Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, *op. cit.*, p. 353 et s., spéc. p. 357 et 358.

²¹⁵⁹ DDHC, art. 7 : « Nul homme ne peut être accusé, arrêté ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi (Nous soulignons), et selon les formes qu'elle a prescrites. Ceux qui sollicitent, expédient, exécutent ou font exécuter des ordres arbitraires, doivent être punis ; mais tout citoyen appelé ou saisi en vertu de la Loi doit obéir à l'instant : il se rend coupable par la résistance ».

²¹⁶⁰ DDHC, art. 8 : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires, et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une Loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée ».

²¹⁶¹ CC, Décision n° 82-155 DC, 30 déc. 1982, considérant n° 33.

la notion de « sanction ayant le caractère d'une punition ». C'est en particulier par deux décisions de 1989 que le Conseil constitutionnel posa les bases des règles constitutionnelles en matière de sanctions répressives extra-pénales, admettant que des autorités non judiciaires prononcent des sanctions ayant le caractère d'une punition à condition de respecter les principes protecteurs du droit pénal²¹⁶² et que ces sanctions ne soient pas privatives de liberté²¹⁶³. Le Conseil paraît toutefois distinguer les peines au sens strict des sanctions ayant le caractère d'une punition pour appliquer à ces dernières un régime assoupli²¹⁶⁴.

2 – Une notion aux contours incertains.

549. Le Conseil constitutionnel n'énumérant pas de critère explicite d'identification des sanctions soumises aux règles protectrices du droit pénal, les contours de la sanction ayant le caractère d'une punition paraissent largement incertains²¹⁶⁵. En l'absence de critères officiels, plusieurs auteurs ont dégagé des éléments à prendre en compte dans le cadre de la qualification constitutionnelle des sanctions. Des divergences apparaissent néanmoins. Certains auteurs ont affirmé qu'en dépit de certaines disparités de vocabulaire, les éléments pris en compte par le Conseil constitutionnel sont les mêmes que ceux énumérés par la Cour européenne des droits de l'homme²¹⁶⁶. D'autres ont cependant voulu dégager des critères ressortant des

²¹⁶² CC, Décisions n° 88-248 DC, préc., considérant n° 6 et n° 89-260 DC, préc., considérant n° 18. J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1995.505 ; B. Genevois, « Commentaire de la décision CSA », *RFDA* 1989.226 et « Le conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA* 1989.671, spéc. p. 679. Voir déjà concernant une amende fiscale : CC, Décision n° 87-237 DC, 31 déc. 1987, considérants n° 14 à 16. Voir concernant l'Autorité de régulation des télécommunications : J. Chevallier, « La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuités », *RFDA* 1996.909. Voir également par exemple : CC, Décision n° 2004-504 DC, 12 août 2004, considérant n° 24.

²¹⁶³ A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », *Nouveaux cahiers du droit constitutionnel*, 2013/40, p. 83 et s., I-A : le Conseil constitutionnel a ainsi qualifié de sanction ayant le caractère d'une punition des sanctions administratives, fiscales, disciplinaires et civiles.

²¹⁶⁴ *Cf infra*, n° 569.

²¹⁶⁵ B. de Lamy, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *RSC* 2009.166 : « Le Conseil ne pose pas une définition déterminant avec précision et clarté ce qu'est la responsabilité pénale et ne précise pas son fondement ».

²¹⁶⁶ M. Delmas-Marty, « Le paradoxe pénal », in *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 2^e éd., 2002, p. 450 ; J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », art. préc., n° 3. Le Conseil constitutionnel a parfois lui-même employé l'expression « matière pénale ». Voir par exemple CC, Décision n° 95-360 DC, 2 févr. 1995, considérant n° 5 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 211. La disposition analysée par le Conseil relevait toutefois dans cette affaire du droit pénal au sens strict. Allant plus loin, certains auteurs ont considéré que la jurisprudence du Conseil constitutionnel évoluait vers une application de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, interprétée à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne (D. Rousseau, « L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'Homme au bloc de constitutionnalité », in D. Rousseau, F. Sudre, *Conseil constitution et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, *op. cit.*, p. 117 et s., spéc. p. 124 à 130).

décisions du Conseil constitutionnel qui, s'ils se rapprochent parfois des critères conventionnels, sont propres à la matière constitutionnelle. Certains de ces critères semblent alors faire l'objet d'un certain consensus (a) alors que d'autres sont davantage débattus (b).

a – Des critères objet de consensus.

550. Insuffisance d'une assimilation aux critères de la Cour européenne des droits de l'homme. Certaines similitudes sont patentes entre les éléments pris en compte par le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme. Une assimilation pure et simple des critères de la sanction ayant le caractère d'une punition à ceux de la « matière pénale » semble cependant excessive. Il en est pour preuve qu'en certains cas des sanctions relevant clairement de la « matière pénale » ne sont pas qualifiées de sanctions ayant le caractère d'une punition par le Conseil constitutionnel. L'hypothèse est heureusement relativement rare. On peut par exemple évoquer le cas du retrait de crédit de réduction de peine. Dans une décision du 11 juillet 2014, le Conseil constitutionnel a ainsi affirmé au sujet de cette sanction prévue à l'article 721, alinéa 2, du Code de procédure pénale que cette dernière « a pour conséquence que le condamné exécute totalement ou partiellement la peine telle qu'elle a été prononcée par la juridiction de jugement ; qu'un tel retrait ne constitue donc ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que, par suite, les griefs tirés de la violation de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et de l'article 34 de la Constitution sont inopérants »²¹⁶⁷. La mesure semble pourtant extrêmement proche de la perte de remise de peine. Au sujet de celle-ci, la Cour européenne avait considéré en 1984 que, si la nature de la sanction ne conduisait pas nécessairement à l'inclure au sein de la « matière pénale », la gravité de la mesure conduisait ici la Cour à qualifier celle-ci de peine au sens conventionnel²¹⁶⁸. À admettre que les critères pris en compte par le Conseil et par la Cour soient identiques, il faut dès lors constater que leur mise

²¹⁶⁷ CC, Décision n° 2014-408 QPC, 11 juill. 2014, considérant n° 7 ; E. Bonis-Garçon, « Nature juridique du retrait d'un crédit de réduction de peine », *Dr. pén.* 2014, comm. 134 ; J. Buisson, « QPC : crédit de réduction de peine », *Procédures* 2014, comm. 280.

²¹⁶⁸ CEDH, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, n° 7819/77, § 71 à 73. Pour une comparaison de ces solutions voir : M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 44, note n° 330. Sur les disparités entre « matière pénale » et sanction ayant le caractère d'une punition, voir également *infra*, note n° 2187.

en œuvre diffère²¹⁶⁹, justifiant de porter une attention approfondie aux décisions du Conseil constitutionnel.

551. Éléments formels. Bien que le Conseil constitutionnel n'énonce pas ce critère, il ne fait pas de doute que lorsque le législateur édicte une peine au sens strict, celle-ci est soumise aux principes issus de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen²¹⁷⁰. Le Conseil constitutionnel n'indique pas expressément tenir compte de la qualification législative de la mesure. Il ressort toutefois clairement de ses décisions qu'il prend en considération la nature de l'autorité compétente pour prononcer la sanction²¹⁷¹. L'analyse du Conseil ne s'arrête toutefois pas à ces éléments formels. Le fait même que le Conseil admette l'application des principes protecteurs du droit pénal hors des limites de celui-ci conduit à considérer que ce critère formel ne peut conduire qu'à qualifier une mesure de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition, et non à rejeter cette qualification.

552. Finalité de la mesure. La finalité semble avoir une importance particulière dans la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition²¹⁷². Ce critère ressort, tant négativement de décisions refusant à une mesure la

²¹⁶⁹ En ce sens voir par exemple : E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 4. Soulignant les différences d'approche entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel voir également : A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – "Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle" », *loc. cit.*. Sur les différences entre l'approche de la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel, voir également : J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. préc..

²¹⁷⁰ J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *loc. cit.* ; J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. préc. ; M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », art. préc. : « il est traditionnel que l'on se réfère en premier lieu à la qualification que lui a donnée le législateur. Dans le cas du Conseil constitutionnel, on peut cependant se demander s'il ne s'agit pas d'un véritable "non-dit" ».

²¹⁷¹ G. Drago, B. de Lamy, « Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel », art. préc., p. 371. CC, Décision n° 2008-562 DC, 21 févr. 2008, considérant n° 9 : « la rétention n'est pas décidée par la cour d'assises lors du prononcé de la peine mais, à l'expiration de celle-ci, par la juridiction régionale de la rétention de sûreté ». B. de Lamy, « La rétention de sûreté, pénal or not pénal ? », art. préc.. L'auteur critique néanmoins l'application qui est faite de ce critère dans la décision commentée. Voir également : CC, Décision n° 2005-527 DC, 8 déc. 2005, considérant n° 14 ; CC, Décision n° 95-360 DC, préc., considérant n° 6.

²¹⁷² B. de Lamy, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et ... peine perdue », *RSC* 2013.433 et s. ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 535 ; G. Drago, B. de Lamy, « Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel », *loc. cit.* ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 211 ; J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », art. préc., n° 3 ; G. Roujou de Boubée, Th. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail, C. Ginestet, « Droit pénal », *D.* 2014.2423, I-B-1-d ; M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », art. préc. : « Si, à notre connaissance, le Conseil n'a jamais formulé de véritable définition de la peine, il semble tout aussi rarement énoncer de véritables caractères de la peine qui seraient susceptibles de contribuer à la distinguer d'autres types de mesures. Si cela n'empêche évidemment pas le Conseil d'établir de telles distinctions, c'est, comme nous le verrons ultérieurement, davantage en référence à leur fondement et à leurs objectifs qu'elles s'opèrent la plupart du temps ».

qualification de sanction ayant le caractère d'une punition, que positivement de décisions admettant cette qualification.

Négativement, le Conseil constitutionnel a ainsi considéré que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'est pas applicable à l'inéligibilité aux organes représentatifs d'une profession consécutivement à la perte de la qualité d'officier public ou ministériel, dès lors que cette mesure ne vise pas « à assurer une répression supplémentaire » mais à tenir compte de cette perte de qualité et à assurer l'intégrité morale des organes représentatifs²¹⁷³. Plus généralement, les mesures dénuées de caractère rétributif, mais « regardant l'avenir et tentant de neutraliser la dangerosité de l'agent »²¹⁷⁴, autrement dit les mesures relevant d'une logique de mesure de sûreté, ne sont pas qualifiées de peine ou de mesure ayant le caractère d'une punition par le Conseil constitutionnel²¹⁷⁵.

Positivement, le Conseil a déjà indiqué tenir compte de la finalité répressive d'une disposition pour la qualifier de sanction ayant le caractère d'une punition. Ainsi, dans la décision n° 2014-692 DC du 27 mars 2014, le Conseil constitutionnel a considéré « qu'en instituant [la] pénalité [contestée], le législateur a entendu assurer le respect par l'entreprise de ses obligations de recherche d'un repreneur, d'information et de consultation du comité d'entreprise et *punir les manquements à ces obligations* (c'est nous qui soulignons) ; que, par suite, cette pénalité constitue une sanction ayant le caractère d'une punition au sens de l'article 8 de la Déclaration de 1789 »²¹⁷⁶.

La prise en compte de la finalité de la mesure par le Conseil constitutionnel semble acquise. Ce critère s'est néanmoins vu adresser certaines critiques, des auteurs considérant que ce « critère tiré du but de la mesure n'est pas des plus convaincants », la mesure pouvant avoir plusieurs buts, ce qui rend le critère difficile à mettre en œuvre²¹⁷⁷. Il est par ailleurs parfois reproché au Conseil de ne pas assez tenir compte de la nature de la mesure. Ce dernier constat est particulièrement net s'agissant de la

²¹⁷³ CC, Décision n° 2011-211 QPC, 27 janv. 2012, considérant n° 4 ; A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », *loc. cit.* ; B. de Lamy, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et ... peine perdue », art. préc.. Pour une décision similaire concernant les juges consulaires : CC, Décision n° 2011-114 QPC, 1^{er} avr. 2011, considérant n° 5.

²¹⁷⁴ A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », *loc. cit.*

²¹⁷⁵ CC, Décision n° 2008-562 DC, préc., considérant n° 9 (voir également le considérant n° 12) : « [La rétention de sûreté] repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision » ; A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », *loc. cit.* ; B. de Lamy, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », art. préc. ; F. Chaltiel, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *LPA* 2008/58, p. 3. Voir également : CC, Décision n° 2005-527 DC, préc., considérant n° 14.

²¹⁷⁶ CC, décision n° 2014-692 DC, préc., considérant n° 24.

²¹⁷⁷ B. de Lamy, « Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et ... peine perdue », art. préc..

rétenction de sûreté, mesure privative de liberté et pourtant exclue du champ des peines et des sanctions ayant le caractère d'une punition par le Conseil constitutionnel²¹⁷⁸.

b – Des critères débattus.

553. Sévérité de la sanction. À rebours de cette critique, la sévérité est parfois présentée comme un des critères sur lesquels se repose le Conseil constitutionnel pour délimiter les contours des sanctions ayant le caractère de punition. Ce critère appelle sans doute une appréciation nuancée. Il paraît difficilement contestable que le Conseil tienne compte de la matérialité de la mesure²¹⁷⁹, certains auteurs ayant notamment relevé que seuls quelques mécanismes peuvent recevoir la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition²¹⁸⁰. L'étude des décisions du Conseil constitutionnel, notamment son refus de qualifier de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition la rétenction de sûreté, mesure conduisant à une privation de liberté et dont la gravité n'est pas contestable²¹⁸¹, invite toutefois à relativiser

²¹⁷⁸ CC, décision n° 2008-562 DC, préc. ; A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », *loc. cit.* ; Y. Mayaud, « La rétenction de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008.1359. Pour une très vive critique de la décision du Conseil constitutionnel voir : Ph. Conte, « Aux fous ? », *Dr. pén.* 2008/4, repère 4 : « il est des arguments qui prouvent trop, et celui avancé par le conseil emprunte beaucoup à l'affirmation selon laquelle “le sucre est ce produit qui rend le café amer lorsqu'on n'en met pas” : c'est précisément parce que la rétenction de sûreté est détachée de toute faute que la privation de liberté qu'elle suppose présente tous les caractères d'une punition. Voilà une personne qui, croisant un bambin paisible, lui administre une paire de gifles à toute volée : elle ne le punit pas puisqu'il n'a rien fait, et il faudrait être fort insensé pour conclure le contraire. En réalité, rattacher une mesure à sa cause pour prétendre en déduire la nature est, ici, une manière, certes habile, de fausser le problème ; pour l'intéressé, elle est assurément vécue comme une punition (interrogeons le bambin qui se frotte encore les joues), et, pour qui veut protéger la liberté individuelle – n'est-ce pas la question ? –, cela seul importe, quelle que soit l'étiquette qu'on utilise : la constante assimilation du régime juridique des mesures de sûreté à celui des peines, faut-il le rappeler, n'a jamais eu d'autre explication. Toutes choses égales d'ailleurs, on se souvient que les “sanctions pécuniaires” imposées par les autorités administratives indépendantes n'étaient pas des amendes, et que seuls des esprits perturbés pouvaient les confondre ; on sait ce que cette distinction en forme d'argutie a pesé devant la Cour européenne des droits de l'homme ».

²¹⁷⁹ Par exemple : CC, Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993, considérant n° 49 : « en vertu des dispositions contestées, tout arrêté de reconduite à la frontière entraîne automatiquement une sanction d'interdiction du territoire pour une durée d'un an sans égard à la gravité du comportement ayant motivé cet arrêté, sans possibilité d'en dispenser l'intéressé ni même d'en faire varier la durée ; que, dans ces conditions, le prononcé de ladite interdiction du territoire par l'autorité administrative ne répond pas aux exigences de l'article 8 de la Déclaration de 1789 ».

²¹⁸⁰ J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », art. préc. : « La nature de la sanction est nécessairement privative de liberté, privative de droit ou pécuniaire ».

²¹⁸¹ Le refus du Conseil constitutionnel de qualifier la rétenction de sûreté de sanction ayant le caractère d'une punition ne l'empêche pas de contrôler la proportionnalité de l'atteinte à la liberté d'aller et venir que génère cette mesure (CC, Décision n° 2008-562 DC, préc., considérant n° 13 ; G. Barbier, B. Laurent, G. Guého, Th. Azéma, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2015.110, point n° 5) ainsi que d'interdire la rétroactivité de la mesure (CC, décision n° 2008-562 DC, préc., considérant n° 10 ; Y. Mayaud, « La rétenction de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », art. préc. ; F. Chaltiel, « La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », art. préc.). Ce dernier point peut particulièrement conduire à s'interroger sur la cohérence du refus de qualifier la mesure de

l'importance accordée à cet élément. Il apparaît alors que la matérialité et la gravité de la mesure ne sont pas, à elles seules, déterminantes de sa qualification constitutionnelle²¹⁸².

554. Le comportement sanctionné. Selon Monsieur DEGOFFE, la première étape dans la détermination de la qualification de peine d'une mesure supposerait de considérer le comportement que la norme sanctionnée vient encadrer. Ainsi, si la sanction vient réprimer le non-respect d'une règle encadrant l'exercice d'une liberté, celle-ci constituerait nécessairement une peine ou au moins une punition²¹⁸³. Ce n'est que dans le cas inverse que la mise en œuvre d'autres critères serait nécessaire²¹⁸⁴. La prise en compte du comportement réprimé est certes intéressante ; la distinction peut toutefois sembler trop incertaine pour constituer un véritable critère des peines ou des sanctions ayant le caractère d'une punition²¹⁸⁵.

555. Le consentement à la sanction, un critère d'exclusion contesté. Dans une décision du 26 septembre 2014, le Conseil constitutionnel se prononça au sujet de la transaction pénale prévue à l'article L. 173-12 du Code de l'environnement. Elle considéra que, dans la mesure où la transaction suppose un accord libre et non équivoque et doit être exécutée volontairement, « les mesures fixées dans la transaction ne revêtent pas le caractère de sanctions ayant le caractère d'une punition »²¹⁸⁶. L'argument du Conseil constitutionnel tiré du consentement à la sanction a fait l'objet de vives critiques d'une partie de la doctrine²¹⁸⁷. Sans opérer de revirement par rapport

sanction ayant le caractère d'une punition. Voir sur cette dernière question : P. Mazeaud, cité par P. Jan, « Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA* 2008.714 : « le Conseil constitutionnel valide la rétention, en expliquant qu'il ne s'agit pas d'une mesure pénale. Mais en s'opposant à la rétroactivité, il suggère qu'on est quand même dans le pénal : ce n'est qu'en matière pénale que la non-rétroactivité est un principe constitutionnel ! Tout ceci est confus juridiquement ». Dans le même sens : Ph. Conte, « Aux fous ? », art. préc. : « on ne peut tout à la fois dire d'une mesure qu'elle n'est pas une punition parce qu'elle ne découle pas d'une faute et en refuser l'application rétroactive au motif qu'elle en procède en quelque manière ».

²¹⁸² M. van de Kerchove, « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », art. préc. : « Même la nature de la mesure et son degré de sévérité paraissent inaptes à caractériser la peine ».

²¹⁸³ M. Degoffe, *Droit de la sanction non-pénale*, op. cit., n° 47 et s.. Dans le même sens : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 156.

²¹⁸⁴ M. Degoffe, *Droit de la sanction non-pénale*, op. cit., n° 50.

²¹⁸⁵ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n°534.

²¹⁸⁶ CC, Décision n°2014-416 QPC, 26 septembre 2014, considérant n° 8. J.-H. Robert, « Réparation d'une omission : le Conseil constitutionnel valide, par la bande, la transaction pénale instituée par la loi du 15 août 2014 », *Dr. pén.* 2014, comm. 140 ; M. Guerin, « La transaction pénale environnementale constitutionnelle », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2015, comm. 7 ; G. Roujou de Boubée, Th. Garé, M.-H. Gozzi ; S. Mirabail, C. Ginestet, « Droit pénal », *D.* 2014.2423, loc. cit..

²¹⁸⁷ J.-B. Perrier, « La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel », *D.* 2014.2503 ; B. de Lamy, « Où l'on apprend que la transaction pénale n'est pas pénale ... parce que l'intéressé consent », *RSC* 2015.711.

à cette solution, le Conseil a plus récemment considéré que les droits de la défense étaient applicables à la procédure de transaction pénale dans la mesure où celle-ci n'est pas étrangère au domaine répressif, aboutissant à une solution quelque peu obscure²¹⁸⁸. En dépit de la justesse des critiques adressées à cette solution, le Conseil ne semble pas se départir de l'idée selon laquelle l'acceptation de la mesure s'oppose à la qualification de peine ou de sanction ayant le caractère d'une punition²¹⁸⁹, conduisant à définir la peine ou la sanction ayant le caractère d'une punition comme une mesure nécessairement imposée.

B – L'application aux sanctions pécuniaires civiles.

556. Les incertitudes pouvant entourer le champ constitutionnel des peines et sanctions ayant le caractère d'une punition sont contrebalancées en matière d'amendes civiles par l'existence de décisions constitutionnelles portant sur ces sanctions (1). Les incertitudes semblent, en revanche, plus profondes en matière de peines pécuniaires privées (2).

1 – La jurisprudence constitutionnelle en matière d'amendes civiles.

557. Qualification constitutionnelle des amendes civiles. Le Conseil constitutionnel a, à quelques reprises, eu l'occasion de se prononcer sur la qualification constitutionnelle des amendes civiles. C'est à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité que le Conseil a pour la première fois eu l'occasion de se prononcer sur cette difficulté. La DGCCRF avait considéré que certaines clauses dans certains contrats conclus par la société *Darty et Fils* créaient un déséquilibre significatif au profit de cette société. Le ministre de l'économie avait de ce fait introduit l'action prévue par l'article L. 442-6 III du Code de commerce et notamment sollicité le prononcé d'une amende civile d'un montant de deux millions d'euros en raison du non-respect du I 2° du même article. La société avait soulevé une question prioritaire de constitutionnalité ainsi rédigée : « L'article L. 442-6, I, 2 du code de commerce porte-

²¹⁸⁸ J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *D.* 2016.2545 ; B. de Lamy, « La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC* 2017.289

²¹⁸⁹ J.-B. Perrier, « La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », art. préc..

t-il atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution, plus précisément, au principe de légalité des délits et des peines consacré par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ? ».

Pour replacer le contexte, le III de l'article L. 442-6 permet au ministre de l'économie²¹⁹⁰ de demander le prononcé d'une amende civile en raison du non-respect des règles édictées au I et II de l'article. Parmi ces règles, le comportement visé par le I, 2° de l'article, consiste à « soumettre ou [...] tenter de soumettre un partenaire commercial à des obligations créant un déséquilibre significatif dans les droits et obligations des parties ». Cette disposition pouvait sembler d'une précision contestable. Le tribunal de commerce de Bobigny a considéré le 13 juillet 2010 que la question était recevable et l'a transmise à la Cour de cassation. La Chambre commerciale de la Cour de cassation a elle-même considéré que la question portait sur une disposition applicable au litige, nouvelle et sérieuse, et a en conséquence décidé de la transmettre au Conseil constitutionnel²¹⁹¹. À cette occasion, le Conseil constitutionnel a affirmé, dans une décision du 13 janvier 2011, qu'« une amende civile [doit] respecter les exigences des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 au rang desquelles figure le principe de légalité des délits et des peines qui lui impose d'énoncer en des termes suffisamment clairs et précis la prescription dont il sanctionne le manquement »²¹⁹². Le Conseil ne qualifie certes pas expressément dans cette décision l'amende civile de sanction ayant le caractère de peine, mais l'application des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789 ne laisse pas de doute sur ce point, ce que confirme d'ailleurs la lecture du commentaire de la décision²¹⁹³. Le Conseil n'a toutefois pas considéré que l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce était contraire à la

²¹⁹⁰ Également au ministère public ou au président de l'Autorité de la concurrence.

²¹⁹¹ Com., 15 oct. 2010, n° 10-40.039.

²¹⁹² CC, Décision n° 2010-85 QPC, préc., considérant n° 3.

²¹⁹³ « Décision n° 2010-85 QPC – 13 janvier 2011. Établissement DARTY et Fils », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32, p. 6 : « Ce principe de légalité des délits et des peines est applicable non pas seulement aux peines prononcées par les juridictions répressives, mais à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle. Le Conseil constitutionnel ne s'est jamais prononcé expressément sur cette question, mais il découle logiquement de sa jurisprudence qu'une sanction ayant le caractère d'une punition prononcée par une juridiction civile peut constituer une "sanction ayant le caractère d'une punition" susceptible d'être confrontée au principe constitutionnel de légalité des délits et des peines ». Sur cette décision voir également : Y. Picod, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *loc. cit.* ; A. Lecourt, « Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel », *RLDA* 2011/58, p. 37. Pour une critique du raisonnement du Conseil : M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC* 2011/27, p. 41 ; D. Mainguy, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2011, 1136 ; B. Bouloc, « Pratiques commerciales abusives. Respect du principe de légalité. Précision de la loi », *RTD com.* 2011.655 ; A. Dadoun, « Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales », *LPA* 2011/73, p. 17, n° 15 ; D. Bosco, « Droit constitutionnel et concurrence : faut-il désespérer ? », art. préc..

Constitution, considérant la disposition d'une précision suffisante. Le Conseil constitutionnel a récemment pu réaffirmer que l'amende civile prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce était soumise au respect du principe de légalité des délits et des peines²¹⁹⁴.

558. Confirmation de la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition. Les décisions du Conseil constitutionnel en matière d'amende civile sont peu nombreuses. Le Conseil a néanmoins confirmé l'application aux amendes civiles des principes constitutionnels ayant pour objet d'encadrer la répression. Les différentes amendes civiles instaurées par la loi n° 2015-990 du 6 août 2015 n'ont pas donné lieu à une contestation sur le terrain constitutionnel²¹⁹⁵. En revanche, celle que prévoyait la loi du 28 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre en cas de non-respect par des entreprises d'une taille conséquente de l'obligation de mise en œuvre d'un plan de vigilance relatif aux droits et libertés fondamentales a été censurée par le Conseil constitutionnel pour non-respect du principe de légalité des délits et des peines²¹⁹⁶. On peut d'ailleurs remarquer que dans cette décision, à la différence de la décision *Darty et fils*, le Conseil affirme expressément que l'amende civile constitue une sanction ayant le caractère d'une punition²¹⁹⁷. De façon certes plus discrète, on peut penser que le Conseil constitutionnel avait déjà censuré une amende civile, dans une décision du 27 mars 2014, en raison du non-respect du principe de nécessité et de proportionnalité des peines²¹⁹⁸. La sanction censurée devait être inscrite à l'article L. 773-1 du Code de commerce et consistait en « une pénalité, qui peut atteindre vingt fois la valeur mensuelle du salaire minimum interprofessionnel de croissance par emploi supprimé dans le cadre du licenciement collectif consécutif à la fermeture de l'établissement, dans la limite de 2 % du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise » et qui était « affectée à l'établissement public BPI-Groupe ». Le mécanisme n'était certes pas expressément qualifié d'amende civile, mais

²¹⁹⁴ CC, Décision n° 2018-749 QPC, 30 nov. 2018. Pour plus de précisions *cf infra* n° 615.

²¹⁹⁵ CC, Décision n° 2015-715 DC, 5 août 2015.

²¹⁹⁶ CC, Décision n° 2017-750 DC, préc. ; B. Mathieu, « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'Homme et de l'environnement », *Constitutions* 2017.291 ; S. Akorri, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : de l'influence du droit international sur le droit national », *AJ pénal* 2018.556 ; P. Dufourq, « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », *Dalloz actu*, 29 mars 2017.

²¹⁹⁷ CC, Décision n° 2017-750 DC, préc., considérant n° 7. Voir également le commentaire de la décision, page 5. Sur la dimension répressive du mécanisme, le commentaire indique d'ailleurs : « En l'espèce, la qualification d'amende "civile" de la sanction instituée n'emportait, en elle-même, aucune conséquence ».

²¹⁹⁸ CC, Décision n° 2014-692 DC, préc., considérants n° 22 à 25.

la compétence du tribunal de commerce pour prononcer cette sanction et son attribution à une personne publique distincte de la victime doivent sans aucun doute conduire à retenir cette qualification.

559. Incertitude quant à la généralité de la qualification. S'il est, dès lors, certain que les amendes civiles peuvent parfois être qualifiées de sanction ayant le caractère d'une punition, cette solution s'applique-t-elle à l'ensemble des amendes civiles ? L'ensemble des amendes ayant été soumises au contrôle du Conseil constitutionnel sont des amendes civiles d'un montant potentiellement très élevé et intervenant hors des domaines historiques dans lesquels des amendes civiles étaient prévues. Qu'en serait-il des amendes civiles applicables aux officiers d'état civil ou des amendes de procédure civile ?

560. Pour prendre l'exemple des amendes de procédure civile, la qualification constitutionnelle de celles-ci semble à la fois complexe²¹⁹⁹ et présenter un intérêt particulier. Le commentaire annexé à la décision du 23 mars 2017 refusait ainsi d'attacher des conséquences à la qualification « civile » de l'amende, soulignant que si « ce terme est habituellement employé en matière de procédure civile, il était ici utilisé en dehors de ce cadre »²²⁰⁰. On peut dès lors s'interroger sur les conséquences qu'auraient emportées la qualification si l'amende considérée par le Conseil avait été employée en matière de procédure civile.

Par ailleurs, la qualification des amendes civiles de procédure est d'autant plus intéressante que ces dernières semblent soulever un problème de compétence constitutionnelle²²⁰¹. L'incertitude entourant les critères de la peine ou des sanctions ayant le caractère d'une punition dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel rend nécessairement la réponse à ces questions incertaine.

561. Position du Conseil d'État. Prolongeant sa jurisprudence rendue sur le terrain de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, le Conseil d'État, interrogé sur la constitutionnalité des amendes civiles

²¹⁹⁹ Même si la doctrine ne semble généralement pas contester l'application des règles supralégislatives liées à la matière pénale aux amendes civiles. Voir par exemple : G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc..

²²⁰⁰ Commentaire de la décision n° 2017-750 DC.

²²⁰¹ Cf *infra*, n° 619 et s..

de procédure civile a affirmé que « Si les amendes [civiles de procédure] prononcées doivent être appropriées au regard des circonstances de l'espèce et du comportement du requérant, elles ne peuvent être regardées comme des sanctions ayant le caractère de punition au sens de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen »²²⁰². Bien que cette décision soit cohérente avec sa jurisprudence rendue sur le terrain de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ²²⁰³, l'affirmation peut néanmoins susciter plusieurs réserves. Deux éléments apparaissent en creux dans la décision du Conseil d'État pour écarter l'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen aux amendes civiles de procédure. Le Conseil d'État affirme, d'une part, que les mesures en question constituent des mesures de procédure civile²²⁰⁴, d'autre part, que ces mesures sont « instituées dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice sur le fondement de dispositions qui définissent les conditions dans lesquelles elles peuvent être appliquées, [et] présentent le caractère de mesures d'ordre public que le juge peut prononcer d'office »²²⁰⁵. On peine néanmoins à comprendre ce qui s'oppose à ce que de telles mesures soient regardées comme une punition²²⁰⁶. Une confrontation avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel serait sur ce point souhaitable²²⁰⁷ ; une telle confrontation paraît néanmoins peu probable dans la mesure où l'ensemble des amendes civiles de procédure sont actuellement prévues par des dispositions de nature réglementaire. Ne semble alors rester que l'éventualité d'une saisine de la Cour européenne des droits de l'homme, qui pourrait quant à elle considérer que ces mesures relèvent de la matière pénale.

562. Mise en œuvre des critères. Les critères formels employés par le Conseil constitutionnel ne trouvent manifestement à s'appliquer que de façon marginale aux amendes civiles. Par définition, aucune amende civile n'est qualifiée de mesure pénale par le législateur. Concernant l'organe compétent pour prononcer ces amendes, seules

²²⁰² CE, 24 avr. 2019, n° 412271, n° 6. L. Dutheillet de Lamothe, « L'introuvable nature des amendes pour recours abusif », *AJDA* 2019.2193.

²²⁰³ *Cf supra*, n° 125.

²²⁰⁴ CE, 24 avr. 2019, préc., n° 5.

²²⁰⁵ *Ibid.*, n° 6.

²²⁰⁶ Le rapporteur public chargé de l'affaire semblait d'ailleurs lui-même admettre dans un premier temps que les différents critères dégagés par le Conseil constitutionnel invitaient à qualifier la mesure de sanction ayant le caractère d'une punition : L. Dutheillet de Lamothe, « L'introuvable nature des amendes pour recours abusif », art. préc.. Ce n'était, semble-t-il, qu'en raison de la jurisprudence antérieure du Conseil d'État qu'il proposait d'exclure la qualification.

²²⁰⁷ Sur celle-ci, *cf supra* n° 557.

les amendes de procédure pénale sont prononcées par une juridiction formellement pénale. En revanche, les amendes civiles visant toutes à réprimer un comportement, quelles que soient les raisons profondes qui motivent cette répression, il semble que le critère de la finalité de la mesure pourrait conduire à inclure l'ensemble des amendes civiles dans le champ des sanctions ayant le caractère d'une punition. D'une part, l'analyse des amendes civiles révèle, en effet, que la dimension indemnitaire de ces mécanismes, quand elle existe, est très secondaire²²⁰⁸. D'autre part, l'assimilation à une mesure de sûreté, alors même qu'une amende civile est nécessairement une mesure pécuniaire, ne semble pouvoir se concevoir qu'au sujet de la confiscation de fonds afin d'éviter que ceux-ci soient utilisés afin de réaliser ou de concourir à un comportement illicite, ce qui ne correspond manifestement à aucune amende civile.

Il nous semble ainsi que l'ensemble des amendes civiles devraient être soumises aux principes constitutionnels liés à la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition. Au demeurant, si tel n'était pas le cas, la même distinction que celle proposée concernant la matière pénale nous semblerait justifiée²²⁰⁹ : tant la gravité, à supposer que ce critère soit pris en compte par le Conseil²²¹⁰, que l'importance de la liberté que viennent encadrer les amendes civiles sanctionnant les actions en justice abusives²²¹¹, devraient justifier leur encadrement par les règles constitutionnelles liées à la répression des comportements. Toutefois, le montant et la spécificité des amendes civiles applicables aux officiers d'état civil semble rendre cet encadrement moins nécessaire. En dépit de ces incertitudes, il ne semble pas contestable au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, que l'amende civile proposée par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile serait qualifiée par le Conseil constitutionnelle de sanction ayant le caractère d'une punition²²¹².

2 – Une qualification constitutionnelle des peines pécuniaires privées en partie incertaine.

²²⁰⁸ Cf *supra*, n° 111 et s..

²²⁰⁹ Cf *supra*, n° 536 et s..

²²¹⁰ Une telle prise en compte semble par exemple réalisée dans la décision 2017-750 DC du 23 mars 2017, le Conseil soulignant que le montant de la sanction qui assortissait le non-respect d'une obligation définie en des termes particulièrement vagues était de dix millions d'euros (Considérant n° 13).

²²¹¹ La solution semble moins nécessaire pour les autres amendes de procédure civile.

²²¹² Cf *infra*, n° 617.

563. Une solution contestable en matière d’astreintes. La qualification constitutionnelle de l’astreinte semble à ce jour certaine. Le Conseil constitutionnel²²¹³, la Cour de cassation²²¹⁴ et le Conseil d’État²²¹⁵ s’accordent en effet pour considérer que l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen n’est pas applicable aux astreintes, qui sont perçues non comme une peine mais comme une mesure de contrainte. Cette position est critiquable. D’une part, si l’astreinte opère une contrainte sur les volontés, celle-ci ne résulte jamais que de la menace de la somme qui devra être payée en cas de non-respect de l’obligation qu’elle assortit, ce qui est finalement le fonctionnement de toute peine²²¹⁶. D’autre part, les critères dégagés par le Conseil constitutionnel, notamment la finalité de la mesure, auraient semblé devoir conduire à qualifier l’astreinte de sanction ayant le caractère d’une punition, illustrant le caractère pointilliste de la jurisprudence du Conseil en ce domaine²²¹⁷.

564. Interrogations concernant les dommages et intérêts punitifs. En dépit de l’introduction d’un contrôle de constitutionnalité *a posteriori*, il semble extrêmement peu probable que le Conseil constitutionnel puisse contrôler les pratiques jurisprudentielles conduisant à la création de peines privées occultes. Reste alors à s’interroger sur l’hypothèse de dommages et intérêts punitifs instaurés textuellement. La rareté de tels mécanismes en droit positif conduit à ce que le Conseil constitutionnel ne se soit jamais prononcé à leur égard. Une question prioritaire de constitutionnalité aurait pu donner l’occasion au Conseil d’apporter une première réponse en ce domaine. Cette question était dirigée contre l’article L. 716-14 alinéa 2 du Code de la propriété

²²¹³ CC, Décision n° 2003-467 DC, préc., considérant n° 5 : « l’astreinte dont le principe est institué par les dispositions précitées a pour finalité de contraindre la personne qui s’y refuse à exécuter les obligations auxquelles l’arrêté de réquisition la soumet ; qu’elle ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen de 1789 ».

²²¹⁴ Civ. 2^{ème}, 4 janv. 2012, n° 11-40.081 : « l’astreinte provisoire, qui a pour finalité de contraindre la personne qui s’y refuse à exécuter les obligations qu’une décision juridictionnelle lui a imposées et d’assurer le respect du droit à cette exécution, ne saurait être regardée comme une peine ou une sanction au sens de l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen » ; A. Leborgne, « Droit de l’exécution », *D.* 2012.1509, préc. II-C.

²²¹⁵ CE, 20 juin 2012, req. n° 342714 : « l’astreinte, dont le principe est institué par les dispositions précitées du code de l’urbanisme, ne constitue pas une peine ou une sanction pouvant être regardée comme une « amende » ou une « pénalité » mise à la charge d’un contrevenant aux dispositions légales énumérées par le 2 de l’article 39 du code général des impôts, elle a pour finalité de contraindre la personne qui s’y refuse à exécuter les obligations qui lui ont été assignées par une décision de justice et, ainsi, à respecter l’autorité de la chose jugée » ; Concl. E. Cortot-Boucher, « Les sommes versées au titre d’une astreinte prononcée par une décision de justice ne sont pas déductibles du résultat imposable », *Rev. dr. fisc.* 2012, comm. 440.

²²¹⁶ *Cf supra*, n° 295.

²²¹⁷ C. Dubois. *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d’une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 536. On peut notamment relever que le Conseil constitutionnel avait considéré que le fait que « le législateur [ait] entendu assurer le respect par l’entreprise de ses obligations » par l’instauration d’une pénalité conduisait à rendre applicable l’article 8 de la Déclaration des droits de l’Homme et du citoyen (*cf supra* n° 552). Les raisons de ne pas appliquer ce raisonnement à l’astreinte ne sont pas évidentes.

intellectuelle tel qu'issu de la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon. Ce texte prévoit, sur demande de la victime, le prononcé d'« une somme forfaitaire ». La disposition ajoute que « Cette somme est supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si le contrefacteur avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte. Cette somme n'est pas exclusive de l'indemnisation du préjudice moral causé à la partie lésée ». Cette disposition a pu être regardée comme instaurant un véritable cas légal de dommages et intérêts punitifs²²¹⁸. Elle n'est cependant jamais remontée au Conseil constitutionnel, en raison du filtre réalisé par la Cour de cassation. Il convient, de prime abord, de relever que la question était fondée, non sur l'article 8, mais sur les articles 1^{er}, 4 et 6 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen ; elle n'était donc pas orientée vers les difficultés d'application du principe de légalité des délits et des peines. Quant au refus de transmettre la question, celui-ci était notamment motivé par l'absence de caractère sérieux de la question dans la mesure où les dispositions contestées se contentaient de transposer une directive et ne mettaient pas en cause de règle ou de principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France²²¹⁹. Sans s'attarder ici sur le fait que la Cour de cassation s'arroge étrangement le pouvoir de déterminer celles des règles constitutionnelles qui sont inhérentes à l'identité constitutionnelle de la France, il faut reconnaître que l'origine européenne du dispositif à l'origine de la règle transposée rend peu probable sa condamnation sur un terrain constitutionnel.

565. Qu'en serait-il des dommages et intérêts punitifs proposés par les différents projets de réforme ? L'imprécision des critères du Conseil constitutionnel et les variations dans leur mise en œuvre empêchent sans doute d'émettre un avis totalement certain sur cette question²²²⁰. Néanmoins, tant la finalité que la gravité potentielle des mesures en cause rendraient difficilement compréhensible que celles-ci échappent aux règles constitutionnelles relatives aux peines et aux sanctions ayant le caractère de punition²²²¹.

²²¹⁸ Cf *supra*, n° 287.

²²¹⁹ Com., 9 juill. 2015, QPC incidente au pourvoi n° 14-29.518 ; A. Quiquerez, « Chronique jurisprudence judiciaire française intéressant le droit de l'Union – Jurisprudence 2016 en propriété intellectuelle intéressant le droit de l'Union », *RTD eur.* 2017.336-24.

²²²⁰ A. Anziani et L. Bétéille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, *op. cit.*, p. 87.

²²²¹ Voir notamment : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 206 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 537.

Section II – La mesure de l’application des principes directeurs du droit pénal.

566. Tant les principes constitutionnels qu’européens historiquement attachés au droit pénal semblent devoir s’appliquer à une part importante des sanctions pécuniaires civiles. Il n’est toutefois pas certain que ces principes doivent toujours s’appliquer avec la même rigueur. Le fait même que le Conseil constitutionnel distingue entre la sanction pénale et la sanction ayant le caractère d’une punition semble ouvrir la porte à une application différenciée des principes constitutionnels²²²². Bien que l’existence d’une atténuation des principes directeurs du droit pénal semble acquise (§I), l’importance de cette atténuation paraît incertaine (§II).

§I – L’existence d’une atténuation des principes directeurs du droit pénal.

567. Les organes chargés de veiller au respect des normes supralégislatives, constitutionnelles ou européennes, ont rapidement admis, face au développement et à la généralisation de mécanismes répressifs extrapénaux, que les principes encadrant ces sanctions pouvaient en certains cas être atténués. Ces manifestations jurisprudentielles de l’atténuation des principes pénaux (A) ont donné lieu à une réception et une extension en doctrine (B).

A – Les manifestations jurisprudentielles de l’atténuation.

568. Si les différents organes en charge d’assurer le respect de normes supralégislatives semblent retenir une position qui leur est propre (1), la concurrence entre ces organes conduit à ce que l’évolution des principes ne se fasse pas de façon parfaitement hermétique (2).

²²²² A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », art. préc..

1 – La position des organes supralégislatifs.

569. Le Conseil constitutionnel. L'idée que, appliqués hors du droit pénal, et notamment en matière civile, les principes fondamentaux du droit pénal se trouvent allégés, trouve un soutien de poids dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Deux décisions du Conseil constitutionnel permettent d'étudier l'approche de cette autorité sur deux principes : celui de légalité des délits et des peines, ainsi que le principe *ne bis in idem*.

Concernant l'atténuation du principe de légalité, le considérant 37 de la décision du 17 janvier 1989²²²³ est de ce point de vue remarquable : le Conseil estime qu'« appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative, par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements ». La motivation de la décision semble impliquer que les règles constitutionnelles applicables en matière de peines ne trouvent pas nécessairement à s'appliquer de façon uniforme, selon des critères qui peuvent sembler quelque peu obscurs²²²⁴. De plus, l'atténuation formulée par le Conseil constitutionnel n'est pas limitée à l'exigence de définition stricte des comportements réprimés²²²⁵. Concernant le principe de *ne bis in idem*, dans une décision du 28 juillet 1989 relative à la Commission des opérations de bourse, le Conseil a affirmé que ce principe « ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives »²²²⁶.

La nature formelle des mesures punitives produit donc un ensemble d'effets concernant les règles constitutionnelles qui leur sont applicables, pouvant conduire à restreindre, voire à exclure, certains principes.

570. La Cour européenne des droits de l'homme. La position de la Cour européenne des droits de l'homme semble, sur ce point, significativement différente. La Cour admet bien certaines atténuations dans l'application des droits reconnus par la

²²²³ CC, Décision n° 88-248 DC, préc..

²²²⁴ Cf *infra*, n° 580 et s..

²²²⁵ Par exemple, le Conseil constitutionnel a décidé que le principe de personnalité des peines pouvait être atténué lorsqu'il s'applique à une amende civile : CC, Décision n° 2016-542 QPC, préc..

²²²⁶ CC, Décision n° 89-260 DC, préc., considérant n° 16.

Convention en matière de garanties procédurales²²²⁷. Elle admet ainsi, dans l'affaire *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c/ Belgique*, que « Des impératifs de souplesse et d'efficacité, entièrement compatibles avec la protection des droits de l'Homme, peuvent justifier l'intervention préalable d'organes administratifs ou corporatifs, et *a fortiori* d'organes juridictionnels ne satisfaisant pas sous tous leurs aspects [aux] prescriptions [de l'article 6 de la Convention] »²²²⁸. Cependant, il est alors nécessaire que les décisions de ces organes soient soumises au « contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction présentant, lui, les garanties de [l'article 6§1 de la Convention] »²²²⁹.

Ces règles ont été posées dans les arrêts *Le Compte* en matière civile, mais elles sont également appliquées par la Cour en matière pénale²²³⁰. Cet assouplissement temporaire des garanties procédurales prévues par la Convention ne semble pas nécessairement exclu pour les sanctions strictement pénales, à l'inverse de ce que suggère la formule employée par le Conseil constitutionnel. Ainsi, concernant une sanction pénale privative de liberté, la Cour européenne des droits de l'homme a affirmé, dans l'arrêt *Poitrinol c/ France*, que l'absence du prévenu à la procédure n'était pas en principe incompatible avec la Convention, à la condition qu'il puisse, *a*

²²²⁷ P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010.920.

²²²⁸ CEDH, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, n° 6878/75 ; 7238/75, § 51. La Cour reconnaît dans cet arrêt que l'efficacité répressive peut être liée à une mise à l'écart des droits de la défense. Sur cette idée : R. Tinière, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'office du juge administratif », *RFDA* 2009.729. Sur le non-respect de l'ensemble des exigences de l'article 6§1 de la Convention dans le cadre de répressions administratives, voir notamment : E. Massat, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *RSC* 2003.743.

²²²⁹ CEDH, *Albert et Le Compte c. Belgique*, n° 7299/75 ; 7496/76, § 29. E. Massat, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », art. préc. : « La Cour européenne fait une appréciation globale, synthétique, de la procédure pratiquée par un système juridique interne. Ce qui signifie que les exigences posées par l'article 6, paragraphe 1 sont analysées par rapport à l'ensemble d'un procès. Ainsi, à ses yeux, le requérant a bénéficié d'un procès équitable si un des organes qui s'est prononcé – et cela lui suffit – constituait un tribunal répondant aux règles fixées par cet article ». Voir également : CEDH, *A. Menarini Diagnostics c. Italie*, préc., § 59. Sur les caractères que doit remplir la juridiction de recours : R. Tinière, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'office du juge administratif », art. préc..

²²³⁰ Voir notamment : CEDH, *Jussila c. Finlande*, 23 nov. 2006, n° 73053/01, § 43 : « S'il est vrai que les affaires mentionnées ci-dessus, pour lesquelles la tenue d'une audience n'a pas été jugée nécessaire, se rapportaient à des procédures relevant du volet civil de l'article 6§1 et que les exigences du procès équitable sont plus rigoureuses en matière pénale, la Cour n'exclut pas que, dans le cadre de certaines procédures pénales, les tribunaux saisis puissent, en raison de la nature des questions qui se posent, se dispenser de tenir une audience ». *Adde* : J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *AJDA* 1999.847 : « D'autre part, par les arrêts *Le Compte* de 1981 et 1983, la Cour a fait état d'impératifs de souplesse et d'efficacité qui peuvent justifier, par souci de réalisme, l'intervention dans la procédure répressive d'un organisme administratif qui ne satisfait pas sous tous ses aspects aux prescriptions de l'article 6, en particulier au regard de l'exigence d'impartialité et d'indépendance ». On peut par ailleurs souligner que dans les arrêts *Le Compte*, la distinction entre matière pénale et civile est relativement fine, la Cour estimant que « les deux aspects, civil et pénal, de l'article 6 ne s'excluent pas nécessairement » (CEDH, *Albert et Le Compte c. Belgique*, préc., § 30) et les règles dont la violation étaient allégués valant dans une large mesure aussi bien en matière civile que pénale (CEDH, *Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, préc. § 53 ; CEDH, *Albert et Le Compte c. Belgique*, préc., § 39).

posteriori, obtenir qu'une juridiction statue à nouveau, cette fois-ci dans le respect du contradictoire²²³¹. On retrouve l'idée selon laquelle certaines garanties procédurales, en l'occurrence celle reconnue par l'article 6§3 de la Convention, peuvent être écartées dans un premier temps pourvu qu'elles soient rétablies par la suite.

Il faut pourtant reconnaître que la nature de la sanction, ou au moins sa qualification interne, ne semble pas toujours sans influence sur l'application des principes issus de la Convention. Dans l'arrêt *Jussila c. Finlande*, la Cour s'est prononcée sur les majorations d'impôt, qui reçoivent en droit finlandais, à l'instar du droit français, la qualification de sanction fiscale. En précisant que celles-ci ne faisaient « pas partie du noyau dur du droit pénal », elle en concluait que les garanties offertes par la Convention pour les sanctions formellement pénales « ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur » aux majorations d'impôt²²³². Par conséquent, l'extension des garanties de la Convention à des domaines ne relevant pas du droit pénal au sens strict s'est également accompagnée d'un assouplissement dans l'application de ces garanties. Une distinction s'impose ainsi dans la jurisprudence européenne. Les garanties sont strictement appliquées aux sanctions formellement pénales, au « noyau dur du droit pénal ». En revanche, l'application de ces garanties est de nature à connaître une atténuation pour les autres sanctions. Une certaine incertitude demeure toutefois, les critères du « noyau dur du droit pénal » n'étant pas livrés par la Cour²²³³.

2 – La concurrence des principes supralégislatifs.

571. Un cumul des exigences. La validité ou l'effectivité d'une disposition législative ou réglementaire suppose que celle-ci respecte à la fois les dispositions

²²³¹ CEDH, *Poitrimol c. France*, 23 nov. 1991, n° 14032/88, § 31 : « Une procédure se déroulant en l'absence du prévenu n'est pas en principe incompatible avec la Convention s'il peut obtenir ultérieurement qu'une juridiction statue à nouveau, après l'avoir entendu, sur le bien-fondé de l'accusation en fait comme en droit ». P. Dourneau-Josette, « Convention européenne des droits de l'Homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », art. préc., n° 373.

²²³² CEDH, *Jussila c. Finlande*, préc., § 43 ; P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », art. préc.. Pour une critique de cette distinction : D. Roets, « La question du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales : tango jurisprudentiel à Strasbourg », *RSC* 2017.134.

²²³³ « en adoptant une interprétation autonome de la notion d'« accusation en matière pénale » par application des critères Engel, les organes de la Convention ont jeté les bases d'une extension progressive de l'application du volet pénal de l'article 6 à des domaines qui ne relèvent pas formellement des catégories traditionnelles du droit pénal [...]. Les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'article 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur ».

constitutionnelles et européennes²²³⁴, aboutissant à la nécessité de respecter en chaque cas la plus stricte des deux dispositions.

572. L'influence des jurisprudences²²³⁵. À cela s'ajoute que la coexistence de plusieurs juridictions susceptibles d'interpréter des principes souvent proches semble conduire à une forme de concurrence dans la défense des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, concurrence qui pèse principalement sur le Conseil constitutionnel²²³⁶. Il en résulte un certain effet d'entraînement²²³⁷, une course à la protection, qu'illustre particulièrement en matière répressive l'évolution des solutions du Conseil constitutionnel concernant le cumul des sanctions punitives pénales et extrapénales²²³⁸. Si l'atténuation des principes constitutionnels hors du droit pénal *stricto sensu* devait conduire à un niveau de protection inférieur à celui de la Convention, ou de la Charte des droits fondamentaux, tant le cumul des exigences

²²³⁴ La Cour européenne des droits de l'homme n'est certes pas en mesure d'invalider une disposition nationale ou d'écarter son application. En revanche quand la convention est mise en œuvre par les juridictions internes, une contrariété avec une disposition nationale conduira à l'ineffectivité de cette dernière.

²²³⁵ Voir, de façon plus générale, sur les divergences jurisprudentielles : P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », *RTD civ.* 2013.557.

²²³⁶ IX^{ème} conférence des cours constitutionnelles européennes, *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'Homme : concurrence ou complémentarité ?*, Rapport général, Paris, 10-13 mai 1993 : si la France ne fait pas partie des États dont les cours constitutionnelles mettent directement en œuvre la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ayant attribué ce rôle aux juridictions ordinaires (p. 83), le rapport souligne néanmoins que sur la question de l'obéissance ou de l'autonomie du juge constitutionnel par rapport aux juges européens des droits de l'Homme : « Le concert est, ici, quasi unanime. Si personne, à l'évidence, ne conteste que [...] le juge constitutionnel soit totalement indépendant et souverain [...] personne ne met en doute que, soit par efforts respectifs délibérés, soit par une concordance naturelle de leurs vues, le juge constitutionnel national et le juge international soient amenés le plus souvent à prendre sur les mêmes problèmes des positions très voisines » (p. 103) ; E. Picard, « Droit international : rapport avec le droit interne », in *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2008 (actualisation oct. 2010), n° 78 : « Car, quoi qu'en veuille le Conseil constitutionnel – ce qu'il a compris ultérieurement –, cette juridiction internationale, quelle qu'elle soit, de Luxembourg ou de Strasbourg en particulier, a toutes les chances d'intervenir par la suite sur la même question, c'est-à-dire trop tard pour lui éviter un éventuel démenti, assez dommageable à son autorité ». L'introduction d'un mécanisme de contrôle de la constitutionnalité *a posteriori* ne permet pas de renverser la perspective. Certes elle aboutit à ce que le Conseil constitutionnel puisse déclarer inconstitutionnelle une disposition déclarée conforme à la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme. Néanmoins la Convention étant commune à un ensemble d'États, elle ne constitue *a priori* qu'un socle minimum et il ne semble pas problématique que la position d'un des États membres soit plus protectrice des droits de l'Homme. Voir également, concernant les rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne : L. Usunier, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD civ.* 2014.312.

²²³⁷ N. Belloubet, « Repenser le rôle du juge constitutionnel. Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris, 2016, p. 695 et s., spéc. p. 701 : « Le refus de connaître de la jurisprudence de la CJUE est patent : pas une décision n'en fait mention. Alors que le degré d'intégration n'est par définition pas le même, les rapports apparaissent également distants avec la CEDH : pas un argument issu du droit de la Conv. EDH n'est apparemment pris en compte. *Ce splendide isolement n'est cependant que de façade ! Les exemples sont nombreux, en effet, où la jurisprudence de la CJUE et surtout celle de la CEDH sont, mezza voce, lues, travaillées, utilisées pour éviter toute contradiction ultérieure et ainsi, conforter la propre jurisprudence du Conseil constitutionnel et donc sa légitimité interne* » (Nous soulignons). O. Dutheillet de Lamothe, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de D. Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007, n° 2.3 ; M. Guyomar, *Les sanctions administratives*, *op. cit.*, p. 71 et s..

²²³⁸ *Cf infra*, n° 662 et s.. Voir déjà : N. Belloubet, « Repenser le rôle du juge constitutionnel. Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », art. préc., p. 703.

supralégislatives que l'influence des jurisprudences devraient conduire à neutraliser cette souplesse et auraient des chances de conduire à une évolution de la position du Conseil. Inversement, même si cette hypothèse semble moins probable, si l'analyse sur le plan conventionnel devait se révéler plus favorable à la répression extrapénale que celle du Conseil constitutionnel, la conventionnalité de la sanction ne l'empêcherait évidemment pas d'être censurée par le Conseil²²³⁹.

B – La réception doctrinale de l'atténuation.

573. La doctrine, s'intéressant aux sanctions pécuniaires civiles (1), s'est rapidement montrée intéressée par l'assouplissement des principes directeurs du droit pénal que laissait entrevoir la jurisprudence. Loin d'être purement théorique, l'influence de cette réception s'est directement traduite à travers les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile (2), doctrinaux ou ministériels.

1 – L'extension aux sanctions pécuniaires civiles.

574. La proposition doctrinale d'étendre aux sanctions civiles l'atténuation réalisée en matière de sanction administrative. À l'origine, les jurisprudences du Conseil constitutionnel et des cours européennes semblent s'être principalement développées au sujet de sanctions administratives. C'est alors principalement la doctrine qui a tiré les conséquences de ces jurisprudences, notamment de celle du Conseil constitutionnel, en matière de sanctions pécuniaires civiles. Suzanne CARVAL défendait ainsi dans sa thèse, au sujet de l'assouplissement du principe de légalité hors du droit pénal *stricto sensu*, qu'« il n'y a aucune raison [...] de distinguer sur ce point entre les sanctions civiles et administratives »²²⁴⁰. Si

²²³⁹ Hormis le cas dans lequel la mesure répressive serait édictée directement par une norme issue du droit de l'Union européenne. Dans ce cas la jurisprudence du Conseil constitutionnel conduirait celui-ci à ne censurer la disposition qu'en cas d'atteintes aux règles ou principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France : CC, Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006, rendue au sujet de la loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, JO 3 août 2006, p. 11541, *Cah. Cons. const.* 2006 (21), 13, *D.* 2006, 2157, obs. C. Castets- Renard, *RFDC* 2006, 837, comm. F. Chaltiel, *Dr. adm.* oct. 2006, 31, note P. Cassia et E. Saulnier- Cassia.

²²⁴⁰ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 209.

cette analyse n'a pas emporté une adhésion unanime²²⁴¹, elle a, semble-t-il, rallié une majorité de la doctrine²²⁴². La réception doctrinale du principe semble d'autant plus importante qu'elle a vocation à s'appliquer à l'ensemble des sanctions pécuniaires civiles : initialement développée au sujet des peines privées, l'analyse semble transposable aux amendes civiles²²⁴³.

575. L'importance de la réception doctrinale. L'attention portée par la doctrine à l'atténuation des principes pénaux appliqués aux sanctions pécuniaires civiles n'est pas fortuite ou théorique. Elle semble au contraire être une pierre angulaire des théories justifiant le recours à de telles sanctions. Les sanctions pécuniaires civiles paraissent en effet, selon cette présentation, réaliser une conciliation entre la souplesse nécessaire à la répression de certains comportements et la protection des intérêts et droits fondamentaux des justiciables. Plus strictement encadrées que les sanctions disciplinaires²²⁴⁴ dont la souplesse ne s'explique que par leur champ d'intervention et leurs conséquences limités, elles se révéleraient en revanche plus adaptables que les sanctions pénales. Cette adaptabilité se traduirait quant à la précision du comportement incriminé mais aussi quant aux pouvoirs d'interprétation du juge²²⁴⁵, faisant de ces sanctions un complément utile de la répression pénale²²⁴⁶.

2 – Les manifestations de l'extension à travers les projets doctrinaux de réforme.

²²⁴¹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 542 : « Pourtant, la généralisation de cette position ne peut qu'être sujette à la critique dans la mesure où elle cautionnerait la fraude aux garanties pénales, la fraude étant définie comme un moyen de contourner une règle impérative ».

²²⁴² Par exemple : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, op. cit., n° 324 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, n° 530 ; N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc., n° 4 ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, op. cit., n° 278. Pour un exposé de cette solution sans néanmoins la retenir : C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 512 et s.. Voir déjà : J. Léauté, « L'autonomie de la jurisprudence civile dans l'application des qualifications pénales », in *Mélanges L. Huguéney, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 67, spéc. p. 73.

²²⁴³ S. Carval, « Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modification », art. préc., n° 13 ; N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », loc. cit. ; L. de Graëve, « Réflexions sur le souhait de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure (à propos de Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 et Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-29.166) », *Dr. pén.* 2014, étude 6, n° 11.

²²⁴⁴ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 227.

²²⁴⁵ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 228 et 229.

²²⁴⁶ G. Viney, P. Jourdain, S. Carval, *Les effets de la responsabilité*, op. cit., n° 13.

576. Les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile proposant l'instauration de sanctions pécuniaires civiles témoignent implicitement de l'importance accordée à la souplesse dans l'application des principes directeurs du droit pénal. Que ce soit « la faute manifestement délibérée » que l'avant-projet sous la direction de Pierre CATALA proposait d'assortir de dommages et intérêts punitifs, la « faute intentionnelle », que l'article 69 du projet réalisé sous la direction de Monsieur TERRÉ assortissait d'une « réparation exemplaire », la faute lourde délibérée que l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoyait d'assortir d'une amende civile ou, en dernier lieu, la faute délibérée commise « en vue d'obtenir un gain ou une économie » que le projet de réforme assortit d'une amende civile. Dans tous ces cas, l'imprécision des comportements considérés semble telle qu'il était inenvisageable de les sanctionner pénalement : ces textes n'indiquent simplement pas l'élément matériel de la faute, ni le résultat de celle-ci²²⁴⁷. Que des sanctions pécuniaires civiles officialisées puissent ou non sanctionner de tels comportements, sur un plan constitutionnel ou conventionnel, le simple fait qu'elles aient été proposées est intéressant. Ces propositions mettent en lumière la foi que certains auteurs et certaines administrations placent dans la capacité des sanctions pécuniaires civiles à prendre en charge des comportements imprévisibles, qu'une application stricte du principe de légalité des délits et des peines laisserait impunis. S'il faut sans doute immédiatement souligner que cette confiance n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine, cette question relève alors davantage de l'étude des raisons justifiant d'atténuer en certains cas l'application des principes pénaux.

§II – L'importance de l'atténuation.

577. Le principe d'une atténuation, s'il n'est pas à l'abri de toute critique, semble néanmoins acquis. L'importance des atténuations apportées aux principes directeurs du droit pénal est en revanche largement incertaine. Cette incertitude affecte tant le domaine de l'atténuation (A) que sa mesure (B).

²²⁴⁷ La généralité des comportements envisagés est d'autant plus grande qu'à l'inverse d'une répression administrative, la répression civile n'est pas cantonnée à un secteur ou à une question prédéfinie.

A – Le domaine de l'atténuation.

578. Au sein même des auteurs qui considèrent qu'une atténuation des principes pénaux est légitime, des divergences apparaissent quant aux raisons, et au champ, de cette atténuation. Ces divergences se nourrissent en partie d'imprécisions dans les décisions admettant des inflexions dans l'application des principes pénaux. Certains éléments ont été expressément pris en compte pour atténuer les principes pénaux (1) et d'autres pourraient être envisagés (2).

1 – Les éléments d'atténuation expressément pris en compte.

579. À une justification originellement formaliste de l'atténuation (a) s'est ajoutée une justification matérielle (b).

a – Une justification originellement formaliste.

580. L'approche formaliste. Les premières décisions du Conseil constitutionnel admettant une atténuation des principes directeurs du droit pénal semblaient clairement retenir une approche formaliste. En visant l'atténuation de l'exigence de légalité « appliquée en dehors du droit pénal »²²⁴⁸, le Conseil faisait de la nature formelle de la mesure le critère de l'assouplissement de ce principe²²⁴⁹. Ainsi présentée la solution peut sembler peu satisfaisante. Appliquée aussi strictement, sans prise en compte de la matérialité de la mesure, elle permettrait au législateur d'atténuer l'encadrement des principes pénaux alors même que la sanction serait aussi attentatoire aux droits et intérêts de la personne condamnée que les mesures pénales les plus graves. À l'encontre de cette critique, on peut immédiatement souligner que les décisions rendues concernaient des sanctions administratives. Or, le Conseil constitutionnel affirme par ailleurs « qu'aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de

²²⁴⁸ CC, Décision n° 88-248 DC, préc., considérant n° 37 ; CC, Décision n° 2012-273 QPC, 21 sept. 2012, considérant n° 9.

²²⁴⁹ A. Botton, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », art. préc. : « le Conseil tient expressément compte, pour exercer son contrôle, de la nature de la norme infra-constitutionnelle ». Le critère du Conseil a également pu être qualifié d'« organique » : M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », art. préc..

puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dès lors [...] *que la sanction susceptible d'être infligée est exclusive de toute privation de liberté* »²²⁵⁰ (nous soulignons). De la combinaison de ces décisions, il semble alors que l'atténuation des principes pénaux n'est pas en mesure de s'appliquer aux sanctions privatives de liberté.

581. La justification et la critique de l'approche formaliste. L'atténuation des principes pénaux hors du droit pénal *stricto sensu* a parfois été justifiée par le lien entre droit pénal et sanctions privatives de liberté. Madame CARVAL écrivait ainsi au sujet du principe de légalité qu'« il n'est pas inconcevable que strictement mis en œuvre dans un système répressif aussi sévère que celui du droit pénal, il fasse l'objet d'une application plus souple dans des systèmes qui, *tels ceux des sanctions administratives ou civiles, sont exclusifs de toute privation de liberté* »²²⁵¹ (nous soulignons). À cela, l'auteur ajoute que les principes pénaux connaissent déjà des inflexions dans ses branches les plus techniques²²⁵². Les sanctions civiles ayant précisément vocation à intervenir dans de tels domaines, un allègement au moins aussi important devrait leur être applicable. On peut néanmoins s'interroger sur ces arguments. Concernant l'inflexion des principes pénaux au sein même du droit pénal, il a été très justement souligné que « l'argumentation peine à convaincre : si elle existe déjà, une atteinte à une liberté fondamentale ne doit-elle pas être combattue plutôt qu'institutionnalisée ? »²²⁵³. L'autre argument est moins aisément réfutable. Il n'est pourtant pas certain qu'il soit absolument exact. Si le Conseil constitutionnel a expressément exclu, dans sa décision du 29 juillet 1989 le recours à une sanction privative de liberté, ce n'est pas en raison du caractère extrapénal de la mesure mais uniquement du fait de son prononcé par une autorité administrative. Il ne semble dès lors pas exister de règle constitutionnelle qui interdise au législateur, indépendamment de la cohérence d'un tel mécanisme qui serait évidemment discutable, de qualifier de

²²⁵⁰ CC, Décision n° 89-260 DC, préc., considérant n° 6 ; M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », art. préc., III : « Cette décision admet la pleine constitutionnalité des sanctions pécuniaires et consacre l'émergence d'un véritable ordre administratif répressif. Sous certaines conditions, en réalité peu contraignantes ainsi qu'on le verra, des autorités administratives, en nombre indéfini, se voient reconnaître le droit d'infliger des sanctions pécuniaires. Cette jurisprudence, dont l'audace est certaine, ouvre grande la voie aux sanctions pécuniaires ».

²²⁵¹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 209.

²²⁵² Voir également : *supra*, n° 341 et s..

²²⁵³ J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », art. préc., note n° 69.

civile une sanction privative de liberté. Ne vaut-il pas alors mieux s'attacher directement à la nature de la mesure ²²⁵⁴ ?

b – L'évolution matérielle de la justification.

582. La consécration d'une approche matérielle relativement aux sanctions pécuniaires civiles. À l'inverse de l'amende administrative, l'amende civile est prononcée par une autorité juridictionnelle²²⁵⁵. Dès lors, la limitation constitutionnelle selon laquelle la sanction n'aurait pas pu être privative de liberté en raison de la nature de l'autorité compétente pour la prononcer ne trouve pas à s'y appliquer. Cette différence explique sans doute la différence de motivation du Conseil constitutionnel dans la première décision statuant sur l'application du principe de légalité des délits aux amendes civiles. Dans la décision *Darty et fils* déjà évoquée²²⁵⁶, le Conseil considérait qu'en dépit du caractère assez vague du comportement prévu à l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, comportement pouvant donner lieu au prononcé de l'amende civile prévue au III du même article, le texte respectait le principe de légalité des délits « *eu égard à la nature pécuniaire de la sanction* (nous soulignons) et à la complexité des pratiques que le législateur a souhaité prévenir et réprimer ». L'atténuation apportée dans l'application des principes pénaux n'est alors plus simplement justifiée par la nature de la mesure, par son inclusion dans une branche du droit, mais par sa matérialité.

583. Ce relâchement de la protection hors des sanctions privatives de liberté est du reste classique dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Ainsi, dans une décision du 28 novembre 1973 le Conseil constitutionnel avait-il affirmé : « qu'il résulte des dispositions combinées du préambule, des alinéas 3 et 5 de l'article 34 et de l'article 66 de la Constitution, que la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables *est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté* »²²⁵⁷ (nous soulignons) semblant dès lors opérer une distinction au sein des sanctions pénales entre sanctions privatives de liberté

²²⁵⁴ M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », art. préc., IV : « Un critère matériel serait pourtant plus logique ».

²²⁵⁵ Cf *supra*, n° 88 et s..

²²⁵⁶ Cf *supra*, n° 557.

²²⁵⁷ CC, Décision n° 73-80 L, 28 nov. 1973, considérant n° 11.

ou non²²⁵⁸. La question qui se pose alors est de savoir si la matérialité de la mesure devrait être un critère unique ou cumulatif. Ainsi que l'écrivait Monsieur DOBKINE, « Une nouvelle catégorie de sanctions, les “sanctions pécuniaires” est peut-être appelée à unifier la matière répressive non passible de l'emprisonnement, et à rendre caduques les distinctions traditionnelles entre sanctions administratives et pénales ». Au-delà de la distinction entre sanctions administratives et pénales, la remarque vaut plus largement pour la distinction des sanctions pénales et extrapénales. Faut-il alors considérer que le seul critère devant présider à l'allègement des principes protecteurs supralégislatifs historiquement attachés au droit pénal devrait être la matérialité de la mesure et notamment sa nature pécuniaire ?

584. Pertinence du critère. L'approche matérielle, si elle semble plus réaliste que l'approche formelle, n'en présente pas moins des dangers réels pour les libertés fondamentales des justiciables. La privation de liberté semble peu à peu repoussée : inexistante en matière contraventionnelle, elle est exceptionnelle pour les justiciables commettant pour la première fois un délit. Enfin, cette sanction ne peut être appliquée aux personnes morales²²⁵⁹. ce phénomène a récemment été amplifié par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice²²⁶⁰ dont le titre V, consacré au renforcement de l'efficacité et du sens de la peine contient des dispositions destinées à faire reculer le nombre de mesures d'emprisonnement, tant prononcées²²⁶¹ qu'exécutées²²⁶². Dès lors, l'abaissement de la protection en matière de répression pécuniaire semble correspondre à un abaissement presque général de ces principes. La critique semble justifiée concernant une exclusion totale des principes protecteurs. Elle serait en revanche excessive concernant un assouplissement raisonnable de ceux-ci. La place reconnue à la privation de liberté au sein des mesures répressives connaît certes un recul. Il s'agit toutefois là d'un élément allant incontestablement dans le sens des intérêts des justiciables accusés. Il ne saurait dès lors être utilisé pour laisser penser à une aggravation de leur situation. À cela on peut ajouter que si

²²⁵⁸ Voir néanmoins : M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, op. cit., p. 60. L'auteur souligne que ni la Cour de cassation ni le Conseil d'État n'ont tenu compte de cette limitation et ajoute : « Le bon sens ajoute qu'il est impossible de séparer emprisonnement et amende, dès lors que la contrainte par corps (prison) reste prévue en garantie du paiement de l'amende ».

²²⁵⁹ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 543. La remarque était néanmoins faite non au sujet de l'atténuation des principes pénaux mais de leur exclusion.

²²⁶⁰ Loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice.

²²⁶¹ J. Pradel, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *D.* 2019.1002, n° 15 et s..

²²⁶² J. Pradel, « Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », art. préc., n° 19 et s..

le prononcé de peines privatives de liberté est devenu exceptionnel en matière délictuelle, cette peine n'en est pas moins fréquemment prévue, ce qui suffit à justifier l'application des principes directeurs du droit pénal dans toute leur rigueur.

585. L'articulation des approches formalistes et matérielles. Le fait que le Conseil constitutionnel tienne directement compte de la matérialité de la sanction ne l'a pas poussé à abandonner toute référence qualification législative de celle-ci. Dans une décision de 2012, postérieure à la décision *Darty et fils*, le Conseil avait repris le raisonnement selon lequel « appliquée en dehors du droit pénal, l'exigence d'une définition des infractions sanctionnées se trouve satisfaite, en matière administrative » à des conditions moins strictes. Dès lors que le Conseil n'abandonne pas le critère formel pour fonder une distinction dans l'application des principes constitutionnels tout en s'appuyant sur un critère matériel lorsque la sanction pourrait, sur un plan constitutionnel, être privative de liberté invite à penser que les deux approches sont cumulatives. Autrement dit, l'atténuation des principes constitutionnels est particulièrement marquée lorsque la sanction est à la fois formellement extrapénale et matériellement exclusive de toute privation de liberté.

586. La compatibilité avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. On peut enfin souligner que la position de la Cour européenne des droits de l'homme sur ce point manque sans doute de clarté. D'une part, la motivation retenue dans l'arrêt *Jussila c. Finlande*²²⁶³ interroge quant aux sanctions faisant l'objet d'un encadrement allégé. L'arrêt souligne certes que l'extension des règles de la convention relatives à la répression au-delà « des domaines qui [...] relèvent [...] formellement des catégories traditionnelles du droit pénal » s'accompagne d'une atténuation de ces règles, ce qui invite à considérer que la Cour retient ici un critère formel. Toutefois, la motivation de la Cour semble incertaine, ne serait-ce que parce qu'elle indique également tenir compte de ce que « certaines [mesures répressives] ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent ». C'est alors davantage la matérialité de la mesure ou le comportement dont l'adoption est sanctionnée qui semblent en cause.

²²⁶³ *Jussila c. Finlande*, 23 nov. 2006, préc., § 43

D'autre part, les règles faisant l'objet d'un allègement sont également incertaines. L'arrêt *Jussila* envisageait un assouplissement des principes procéduraux de la Convention, ce qui ne surprend pas au regard de la jurisprudence habituelle de la Cour²²⁶⁴. On peut toutefois s'interroger : l'assouplissement des principes pénaux est-il limité aux règles procédurales ? La motivation de la Cour pourrait laisser penser que d'autres principes seraient potentiellement concernés. Il semble *a minima* que la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas adopté une position aussi systématique que celle du Conseil constitutionnel

2 – Une atténuation liée à la personne réprimée.

587. Les interrogations concernant la protection constitutionnelle des personnes morales. À côté des critères formels et matériels, il a été proposé de tenir compte de la nature des personnes visées par la mesure répressive. « C'est sur une autre distinction beaucoup plus profonde et ineffaçable que devrait s'arrimer [l'] application différenciée [que fait le Conseil constitutionnel], celle entre personne physique et personne morale. Là réside la réelle différence de situation de fait – et quelle différence ! – qui devrait justifier une différence de traitement juridique »²²⁶⁵. L'argument a un attrait certain. Une certaine analyse anthropomorphique des personnes morales conduit certes à leur reconnaître des droits pensés initialement pour les personnes physiques. Cependant, c'est avant tout ces dernières qu'il importe de protéger, la personne morale paraissant mériter le bénéfice des règles protectrices relatives aux peines principalement dans la mesure où les intérêts de personnes physiques (associés, employés, ...) finiront inmanquablement par être atteints à travers elle.

588. Les limites de la proposition. Les limites de cette proposition tenant au critère de la personne physique peuvent tenir tant au bien-fondé de la proposition qu'à sa mise en œuvre. Sur le premier point, l'idée sous-tendant l'atténuation proposée semble reposer sur le moins grand besoin de protection des personnes morales par

²²⁶⁴ Cf *supra*, n° 570.

²²⁶⁵ H. Barbier, « La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », *RTD civ.* 2016.628.

rapport aux personnes physiques²²⁶⁶. En dépit de la légitimité de cet argument, on pourrait faire remarquer qu'il est tout aussi légitime d'adoucir l'encadrement de la répression lorsque la mesure semble moins attentatoire aux libertés individuelles, si bien que l'argument rend tout aussi légitime la prise en compte du critère matériel. Les deux critères n'étant, en raison de leur logique commune, pas foncièrement incompatibles, on pourrait d'ailleurs imaginer une application alternative ou conjointe, qui risquerait toutefois d'aboutir à une gradation assez complexe des principes directeurs du droit pénal. Surtout, concernant le second point, un tel critère ne semble pouvoir jouer que concernant une part limitée des principes directeurs du droit pénal. Dans la mesure où de très nombreuses mesures punitives, pénales ou extra-pénales, sont susceptibles de frapper tant une personne physique qu'une personne morale, il ne semble notamment pas possible d'utiliser ce critère afin de parvenir à une application atténuée du principe de légalité des délits, principe qui a pourtant particulièrement l'attention du Conseil constitutionnel. En revanche, ce critère s'adapte particulièrement bien à d'autres principes. Tel est notamment le cas du principe de personnalité des peines. Dès lors que la condamnation des personnes morales peut, dans certains contextes, conduire à une dilution de responsabilité, l'assouplissement corrélatif du principe de personnalité des peines peut sembler être justifié²²⁶⁷.

B – La mesure de l'atténuation.

589. L'impossibilité de moduler l'ensemble des principes. Une fois le principe de l'atténuation acquis et son champ déterminé, il reste à établir l'importance que peut revêtir cette atténuation. Il semble toutefois complexe de retenir une approche unitaire de cette question. Il paraît en effet évident, si une telle approche était retenue, que deux situations ne seraient pas envisageables. Il ne serait pas envisageable d'arriver à une « atténuation totale », donc en réalité à une disparition, de l'ensemble des principes. Le simple fait que la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne et le Conseil constitutionnel admettent l'application de

²²⁶⁶ H. Barbier, « La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », art. préc. : « Le principe de personnalité des peines doit naturellement jouer pleinement pour les personnes physiques, lesquelles demeurent son terrain historique et sa raison d'être. En revanche, pour les personnes morales, ce principe mérite des « adaptations » pour reprendre le terme employé ici par le Conseil constitutionnel ».

²²⁶⁷ Cf *supra*, n° 425.

ces principes au-delà du droit pénal et plus spécifiquement aux sanctions pécuniaires civiles s'oppose à une telle analyse. Inversement, l'idée même d'une atténuation des principes pénaux s'oppose à ce que l'ensemble des principes s'appliquent dans toute leur rigueur. Or, il est patent que l'ensemble des principes directeurs du droit pénal ne peuvent pas faire l'objet d'une gradation. Ainsi notamment du principe de non-rétroactivité des mesures punitives : une mesure étant ou n'étant pas rétroactive, ce principe n'est pas susceptible de modulation.

590. Le caractère inopportun d'une atténuation uniforme des principes susceptibles de modulation. Même à considérer uniquement les principes pénaux susceptibles de faire l'objet d'une modulation, il n'est pas certain qu'il soit opportun de retenir une analyse globale. D'une part, la comparaison de l'importance de l'atténuation de principes qui n'entretiennent parfois aucun rapport entre eux peut sembler ne pas avoir de sens ou au moins être extrêmement délicate. D'autre part, l'importance des différents principes pénaux pour la protection des libertés individuelles tout comme leur impact sur l'efficacité répressive étant incontestablement variable, il ne semble pas justifié de retenir une approche unitaire de cette question. Dès lors, c'est à l'étude isolée de chacun des principes en cause qu'il convient de renvoyer sur ce point.

*

* *

591. Conclusion de section et de chapitre. La diversité et, dans une certaine mesure, l'imprécision des critères dégagés par les organes de contrôle des différentes déclarations de droit supralégislatives rend indéniablement incertains le champ et la mesure exacts de l'application des principes directeurs du droit pénal aux sanctions pécuniaires civiles²²⁶⁸. En dépit de ces incertitudes, il semble au regard des critères dégagés par le Conseil constitutionnel et par les juridictions européennes que la quasi-totalité des amendes civiles doivent être soumises aux principes protecteurs liés à la matière pénale. La situation des sanctions pécuniaires privées paraît plus complexe. À se concentrer sur les dommages et intérêts punitifs, il semble nécessaire de distinguer

²²⁶⁸ Voir par exemple : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 207.

entre ceux poursuivant ouvertement une fonction répressive et ceux l'étant officieusement. Concernant les premiers, les différents cas de dommages et intérêts punitifs envisagés par les avant-projets et projets de réforme doivent vraisemblablement être soumis aux principes directeurs du droit pénal. Le contrôle des manifestations officieuses des dommages et intérêts punitifs se révèle naturellement plus complexe, dès lors qu'il supposerait pour les cours européennes ou le Conseil constitutionnel de rentrer dans une appréciation factuelle peu compatible avec leur mission ainsi qu'avec les moyens matériels mis à leur disposition. On ne saurait toutefois exclure, spécialement concernant la Cour européenne des droits de l'homme, que celle-ci n'intègre dans la matière pénale que les manifestations les plus grossières de ce phénomène.

Une fois l'application des principes directeurs de la matière pénale acquise, se pose toutefois la question de l'intensité de leur application. Appliquée aux sanctions pécuniaires civiles, l'atténuation de ces principes semble certaine, que l'on retienne une approche formelle ou une approche matérielle que semble tour à tour adopter le Conseil constitutionnel²²⁶⁹. La position des cours européennes sur ce point semble moins nette si bien qu'il est difficile de déterminer dans quelle mesure celles-ci admettraient l'atténuation des principes pénaux lorsqu'ils s'appliquent aux sanctions pécuniaires civiles. Plusieurs arrêts laissent toutefois penser qu'une telle atténuation des principes pénaux appliqués hors du « cœur » de la matière pénale serait compatible avec la jurisprudence européenne.

Enfin, à supposer admise l'idée de l'atténuation de l'application des principes directeurs du droit pénal aux sanctions pécuniaires civiles, reste à déterminer les conséquences exactes de cette atténuation. La multiplicité des principes directeurs du droit pénal et les différences profondes qui affectent ces principes rendent toutefois impossible une étude globale de la question si bien qu'il convient sur ce point de renvoyer à leur mise en œuvre.

²²⁶⁹ Cf *supra*, n° 585.

Chapitre II – La mise en œuvre des principes limitant le recours aux sanctions pécuniaires civiles.

592. La diversité des principes directeurs et la délimitation de l'étude.

Matière particulièrement attentatoire aux libertés individuelles, le droit pénal s'accompagne en contrepartie d'un nombre important de principes visant à protéger les droits des justiciables. Ces principes concernent tant le droit pénal de fond que ses aspects procéduraux. Il semblerait dès lors cohérent d'aborder à ce stade l'ensemble de ces principes²²⁷⁰. À se concentrer sur l'encadrement du recours aux sanctions pécuniaires civiles auquel conduisent les principes directeurs du droit pénal, deux principes méritent cependant de retenir une attention particulière à ce stade : le principe de légalité et le principe de proportionnalité des délits et des peines.

Dans la mesure où ces deux principes touchent à la sanction même – aux comportements qu'elle réprime, à sa matérialité et à son *quantum* – l'encadrement des mécanismes répressifs auquel ils conduisent est particulièrement important. Il ne s'agit pas de nier l'importance de principes tels que la présomption d'innocence, la personnalité des peines, le respect des droits de la défense ou l'individualisation des peines²²⁷¹. Toutefois, dans la mesure où ces garanties procédurales touchent à des champs divers de la mise en œuvre des mécanismes répressifs, leur étude paraît devoir s'intégrer à celle des différents aspects de la mise en œuvre des sanctions pécuniaires civiles²²⁷², sauf à livrer des garanties procédurales entourant ce type de sanction une analyse extrêmement générale ou à l'inverse une analyse pointilliste et fastidieuse.

Pour ces raisons, il convient à ce stade de porter l'attention exclusivement sur les conséquences du principe de légalité appliqué aux sanctions pécuniaires civiles (Section I) ainsi que sur les conséquences du principe de proportionnalité appliqué aux sanctions pécuniaires civiles (Section II).

²²⁷⁰ Voir par exemple : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 206 et s..

²²⁷¹ Pour un panorama plus complet des principes dégagés par le Conseil Constitutionnel en matière pénale, voir par exemple : J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 150.

²²⁷² Cf *infra*, n° 684 et s..

Section I – Les conséquences du principe de légalité appliqué aux sanctions pécuniaires civiles

593. L’admission de l’application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles. Au sein des principes fondamentaux du droit pénal, et spécialement dans le cadre d’une étude du régime des sanctions pécuniaires civiles, le principe de légalité criminelle occupe une place centrale²²⁷³. Les contraintes évidentes qu’impose la légalité criminelle aux mécanismes répressifs conduit à faire de l’éviction, totale ou partielle, de ce principe un des enjeux majeurs du recours aux sanctions pécuniaires civiles²²⁷⁴. Néanmoins, en raison même de l’importance pour les libertés individuelles des contraintes que fait peser l’exigence de légalité sur la répression, son application à toute punition, même extra-pénale, a été affirmée avec une vigueur certaine, notamment par le Conseil constitutionnel²²⁷⁵.

Sous réserve des précédents développements relatifs à l’application générale des principes pénaux aux sanctions pécuniaires civiles, la soumission théorique de ces dernières à la légalité des délits et des peines semble certaine. Ce principe est trop connu pour qu’une description exhaustive de ses implications semble nécessaire. Il paraît toutefois utile d’en évoquer les principales implications (§I) et difficultés avant d’étudier l’intensité du principe de légalité lorsqu’il est appliqué aux sanctions pécuniaires civiles (§II).

§I – Les implications du principe de légalité.

594. Le principe de légalité constitue un principe cardinal du droit pénal et l’importance des limitations auxquelles il conduit dans le recours aux sanctions pécuniaires civiles justifie sans conteste de consacrer quelques développements aux

²²⁷³ Ce principe a parfois été qualifié de « pierre angulaire du droit pénal français moderne » : G. Levasseur, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », art. préc., n° 4 ; R. Merle, A. Vitu, *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 151 ; M. Delmas-Marty, « Légalité pénale et Prééminence du droit selon la Convention de sauvegarde des droits de l’Homme et des libertés fondamentales », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l’honneur d’A. Vitu*, éd. Cujas, Paris, 1989, p. 151 et s., spéc. p. 152. Sur les fonctions du principe de légalité voir par exemple : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 272 et s. ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 216 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 16 et s..

²²⁷⁴ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 227 et s. ; G. Viney, « Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc. ; M. Bénéjat, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ pén.* 2012.392, spéc. p. 393.

²²⁷⁵ Cf *supra*, n° 547 et s..

conséquences du principe de légalité en lui-même même sur les sanctions pécuniaires civiles (A). La protection que confère aux justiciables le principe de légalité risquerait toutefois d'être neutralisée si ce dernier ne s'accompagnait pas de principes complémentaires qui en constituent les suites nécessaires, à savoir la non-rétroactivité et l'interprétation stricte de la loi répressive (B).

A – Le principe de légalité en lui-même.

595. Dans sa dimension formelle, le principe de légalité se comprend relativement aisément. Il postule qu'un comportement ne peut être réprimé que si une loi²²⁷⁶ le prévoit et qu'au moyen d'une peine identiquement prévue. Appliqué dans ce sens, le principe de légalité des délits et des peines peut suffire à s'assurer de la légitimité de l'autorité décidant des infractions et des peines. Il semble toutefois insuffisant à assurer la protection effective des libertés individuelles. Ainsi, au respect formel de la légalité (1) s'ajoute une exigence matérielle de précision et de clarté de la loi pénale (2).

1 – Le respect formel de la légalité.

596. Le sens de la légalité. Dans une première approche, « affirmer que la réaction sociale qu'appelle la délinquance est soumise au principe de la légalité signifie qu'une certaine qualité (la légalité) doit appartenir à tout ce qui concourt à assurer l'action répressive de la collectivité »²²⁷⁷. La légalité concerne ainsi tant les incriminations que les règles de procédure. La légalité des délits et des peines est affirmée avec une vigueur particulière, résultant notamment, au niveau supralégislatif²²⁷⁸, de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du

²²⁷⁶ Le sens à accorder à ce terme dans le cas du principe de légalité a cependant évolué. Cf *infra*, n° 597.

²²⁷⁷ J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Les principes de légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat*, A. Pedone, Paris, 1980, p. 149. Sur la distinction entre les implications formelles et matérielles du principe de légalité, voir par exemple : N. Rias, « Synthèse – Principes généraux de la loi pénale », *J.-Cl. Pénal code*, LexisNexis, (actualisation janv. 2020), n° 16 et s..

²²⁷⁸ On peut également évoquer l'article 11§2 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ou les articles 9§1 et 15§1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

citoyen ou de l'article 34 de la Constitution de 1958. Au niveau législatif, l'article 111-3 du Code pénal affirme également la légalité des incriminations et des peines. En dépit de cette vigueur textuelle, la légalité criminelle apparaît complexe. Les différents éléments du principe de légalité étant variables, celui-ci ne présente pas de visage véritablement unitaire²²⁷⁹, ce qui peut s'expliquer par le fait que la légalité criminelle est susceptible de degrés²²⁸⁰, et parce que le sens même du terme « légalité » n'est pas fixe.

Ainsi, lorsque l'article 34 de la Constitution dispose que la loi détermine les « crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », il s'agit de la loi *stricto sensu*, acte normatif général et impersonnel adopté par le parlement. A *contrario*, la compétence pour édicter les contraventions et leur sanction est attribuée au pouvoir réglementaire²²⁸¹. Ce faisant, ce n'est plus à un principe de légalité *stricto sensu* mais plus à une règle de textualité que sont soumises les contraventions²²⁸². Indépendamment du type d'infraction, le sens de la légalité semble encore plus incertain lorsque, alors même qu'elle est censée encadrer l'arbitraire des juges²²⁸³, son respect s'appuie sur l'interprétation jurisprudentielle. On peut néanmoins se demander s'il s'agit encore d'une véritable application du principe de légalité ou d'une transformation, voire d'une remise en cause, de celui-ci.

597. Le déclin et la transformation du principe de légalité. La remise en cause du principe de légalité apparaît tant théorique que pratique. Sur un plan théorique, il lui est notamment reproché de manquer de réalisme, de permettre de contourner aisément la loi pénale et plus généralement de conduire à une trop grande rigidité²²⁸⁴.

Sur un plan pratique, la vigueur du principe a incontestablement connu des atténuations. Elle se manifeste notamment par la disparition d'une légalité *stricto*

²²⁷⁹ J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Les principes de légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », art. préc., p. 150.

²²⁸⁰ *Cf infra*, n° 610 et s..

²²⁸¹ Cette solution résulte au niveau constitutionnel d'une lecture combinée des articles 34 et 37 de la Constitution (voir sur cette lecture G. Levasseur, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », art. préc., n° 4 et s. ; CC, Décision n° 73-80 L, 28 nov. 1973, *préc.*), au niveau législatif de la lecture de l'article 111-3 du Code pénal.

²²⁸² G. Levasseur, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », art. préc., n° 9 : « Il s'agit donc bien d'un abandon du principe *Nulla poena sine lege* en matière de contravention » ; J.-P. Delmas Saint-Hilaire, « Les principes de légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », art. préc., p. 151 et 152, évoquant la loi comme « *Jus scriptum* ». Voir également : A. Giudicelli, « Le principe de légalité en droit pénal français », *RSC* 2007.509, n° 6.

²²⁸³ J.-M. Carbasse, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », *Droits*, 1988/8, p. 123 et s., spéc. p. 132 ; Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 17.

²²⁸⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 263 à 267.

*sensu*²²⁸⁵ en matière contraventionnelle ou encore par des renvois à des textes de nature non législative, parfois d'origine privée, pour définir l'infraction²²⁸⁶. À cette évolution nationale s'ajoute une application particulièrement souple du principe par la Cour européenne des droits de l'homme. La présence au sein des parties à la Convention des pays de *common law* explique sans doute que la Cour ne se soit pas attachée à une conception stricte, mais à la seule exigence d'une prévision par une norme²²⁸⁷, à tel point que l'article 7 ne se réfère qu'au droit national ou international, sans employer le terme « loi »²²⁸⁸. La Cour européenne des droits de l'homme a par ailleurs retenu une compréhension peu exigeante de ce principe, admettant la conventionnalité d'une norme pénalement sanctionnée dès lors que l'interprétation jurisprudentielle de l'infraction est « cohérent[e] avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »²²⁸⁹.

Ces évolutions, si elles ont pu être critiquées, conduiraient davantage selon certains auteurs à une transformation qu'à une remise en cause du principe. Monsieur MOLFESSIS se demande par exemple si « affirmer le déclin du principe de légalité en considération de l'érosion du monopole de la loi [...] [n]e serait-ce pas là confondre la fin et les moyens [...] ? La finalité du principe de légalité est d'éviter que le citoyen ne soit soumis à l'arbitraire »²²⁹⁰.

2 – Le respect matériel de la légalité, exigence de précision et de clarté de la norme pénale.

²²⁸⁵ G. Beaussonie, « L'office du juge en droit pénal », *RDA* n° 13-14, p. 122. Sur cette évolution : M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, n° 493.

²²⁸⁶ Cf *supra*, n° 168. *Adde* : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 223 et s.. Voir également, sur le renvoi dans la définition du comportement sanctionné par une peine délictuelle à un texte de nature réglementaire : A. Giudicelli, « Le principe de légalité en droit pénal français », art. préc., n° 13.

²²⁸⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 437.

²²⁸⁸ Voir par exemple : M. Delmas-Marty, « Légalité pénale et Prééminence du droit selon la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales », art. préc., p. 153 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 444.

²²⁸⁹ CEDH, *Sud Fondi srl et a. c. Italie*, 20 janv. 2009, version retouchée le 20 avr. 2009, n° 75909/01, § 108 : « Aussi clair que le libellé d'une disposition légale puisse être, dans quelque système juridique que ce soit, y compris le droit pénal, il existe immanquablement un élément d'interprétation judiciaire. Il faudra toujours élucider les points douteux et s'adapter aux changements de situation. D'ailleurs il est solidement établi dans la tradition juridique des États parties à la Convention que la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal (Kruslin c. France, 24 avril 1990, § 29, série A no 176-A). On ne saurait interpréter l'article 7 de la Convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible (Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC], nos 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 50, CEDH 2001-II) ».

²²⁹⁰ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 225. Dans le même sens : A. Giudicelli, « Le principe de légalité en droit pénal français », *loc. cit.* : « la transformation est de nature organique, et, même s'il est important de savoir qui a le pouvoir d'édicter des règles pénales, demeure ce qui a toujours été la substance du principe : la soumission de l'application du droit pénal à une prédétermination textuelle ».

598. La précision et la clarté de la norme pénale. Certes, si on considère cette seule finalité, la loi entendue strictement n'est pas le seul moyen d'encadrer l'arbitraire²²⁹¹. Toutefois, même à s'en tenir à cet objectif ou à celui d'avertissement, qui constituent sans doute les aspects les plus importants du principe de légalité²²⁹², les exigences liées au principe ne semblent pas toujours mises en œuvre avec une grande vigueur. La légalité criminelle ne se limite pas, en effet, à exiger qu'une infraction soit prévue par la loi. Encore faut-il que cette infraction soit prévue de façon précise et claire, faute de quoi la légalité serait purement formelle²²⁹³. Les différents organes chargés de la protection du principe de légalité semblent pourtant avoir retenu une conception peu exigeante de ces impératifs. Formellement, ces exigences sont bien rappelées, tant par le Conseil constitutionnel que par la Cour européenne des droits de l'homme²²⁹⁴. Le Conseil constitutionnel affirme ainsi que les principes d'accessibilité et d'intelligibilité de la loi portant une incrimination « imposent d'adopter des dispositions suffisamment précises et des formules non équivoques ; qu'il doit en effet prémunir les sujets de droit contre une interprétation contraire à la Constitution ou contre le risque d'arbitraire, *sans reporter sur des autorités administratives ou juridictionnelles le soin de fixer des règles dont la détermination n'a été confiée par la Constitution qu'à la loi* »²²⁹⁵ (nous soulignons). De même, la Cour européenne des droits de l'homme affirme qu'il résulte du principe de légalité des délits et des peines

²²⁹¹ En revanche, si on considère l'objectif de légitimité démocratique de la répression pénale, la loi occupe cette fois une place incontestablement particulière : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 258.

²²⁹² E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 272 ; M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale, op. cit.*, n° 491.

²²⁹³ Voir par exemple : CC, Décision n° 80-127 DC, 20 janv. 1981, considérant n° 7 : « Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée ; qu'il en résulte la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » ; CC, Décision n° 86-213 DC, 3 sept. 1986, considérant n° 6 : « Considérant que la première condition fixée par la loi, qui renvoie à des infractions qui sont elles-mêmes définies par le code pénal ou par des lois spéciales *en termes suffisamment clairs et précis* (Nous soulignons), satisfait aux exigences du principe constitutionnel de la légalité des délits et des peines » ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, n° 274 ; M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale, op. cit.*, n° 498 : « L'objectif initial des négociateurs était de laisser les États parties interpréter une telle exigence conformément à leurs cultures juridiques nationales. Il s'agissait de concilier la tradition de droit écrit des États continentaux avec la tradition de droit coutumier de la Grande-Bretagne ». Voir également : G. Dellis, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif, op. cit.*, n° 328, citant L. Julliot de la Morandière, *De la règle nulla poena sine lege*, L. Larose et L. Tenin, Paris, 1910, p. 60.

²²⁹⁴ A. Giudicelli, « Le principe de légalité en droit pénal français », art. préc., n° 23 : « Dans l'application qu'elles font de la légalité des délits et des peines, jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme se rejoignent en ce qu'elles exigent accessibilité, intelligibilité, prévisibilité raisonnable et clarté des textes pénaux ». Sur l'application de ce principe par les juridictions internes, voir par exemple : D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001.1643.

²²⁹⁵ CC, Décision n° 2006-540 DC, préc., considérant n° 9. Pour un exemple de censure d'une loi obscure, voir, concernant l'infraction de harcèlement sexuel : CC, Décision n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012.

que « la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment »²²⁹⁶. En dépit de l'affirmation de ces exigences, les deux organes se montrent toutefois souples dans leur défense de la légalité. Ainsi, le Conseil constitutionnel admet que la clarté de la loi résulte de l'interprétation jurisprudentielle qui est faite des termes employés et non du texte d'incrimination lui-même²²⁹⁷. De façon plus marquante encore, les réserves d'interprétation du Conseil quant au respect de la légalité des délits et des peines, parfois formulées en des termes incertains, conduisent à faire peser sur le juge la charge de préciser des textes qui auraient dû limiter son pouvoir d'interprétation²²⁹⁸. La Cour européenne quant à elle, tout en posant l'exigence de précision des textes d'incrimination affirme immédiatement que « cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale »²²⁹⁹ au besoin à l'aide de conseils juridiques. On peut même avoir le sentiment que sur ce point, la Cour européenne se montre pour une fois moins exigeante que le Conseil constitutionnel.

599. Conclusion. L'ensemble de ces règles et évolutions ont pu conduire à des critiques importantes, le principe de légalité donnant rarement lieu à des censures, tant au niveau constitutionnel qu'au niveau européen²³⁰⁰. Quelle que soit la légitimité

²²⁹⁶ CEDH, *Achour c. France*, 29 mars 2006, n° 67335/01, § 41 ; CEDH, *Varvara c. Italie*, 29 oct. 2013, n° 17475/09, § 54. Voir déjà, exigeant une certaine « qualité de la "loi" » : CEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, n° 8691/79, n° 67 : « La Cour rappelle qu'à ses yeux le membre de phrase "prévus par la loi" ne se borne pas à renvoyer au droit interne, mais concerne aussi la qualité de la "loi" ; il la veut compatible avec la prééminence du droit » ; E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 472.

²²⁹⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 307. Par exemple : CC, Décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004, considérant n° 13 : « la jurisprudence dégagée par les juridictions pénales a apporté les précisions complémentaires utiles pour caractériser la circonstance aggravante de bande organisée ». Sur le « verrouillage » par la Cour de cassation de son interprétation : Crim., 27 mars 2013, n° 12-85.115, G. Beaussonie, « Quelques observations à partir de (et non sur) l'auto-blanchiment », *AJ Pénal* 2016.192. Voir cependant : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé, op. cit.*, n° 233, spéc. p. 192. Sur la reprise de cette position par la Cour de cassation dans son rôle de filtre des questions prioritaires de constitutionnalité : Crim., 24 juill. 2013, n° 13-90.013.

²²⁹⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 311 ; D. Mayer, « Le Conseil constitutionnel et le juge pénal, histoire d'une tentative de séduction vouée à l'échec », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 823. Sur les réserves d'interprétation voir également : M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale, op. cit.*, n° 110.

²²⁹⁹ CEDH, *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, n° 17862/91, n° 29 ; CEDH, *Achour c. France, loc. cit.* ; CEDH, *Varvara c. Italie, loc. cit.*. Voir déjà, pour une interprétation de la légalité comme comprenant l'interprétation jurisprudentielle, CEDH, *Huvig c. France*, 24 avr. 1990, n° 11105/84, § 27 : « La Cour constate que dans "prévus par la loi" le mot "loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit ».

²³⁰⁰ M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale, op. cit.*, n° 502. La critique vaut également pour la Cour de justice de l'Union européenne qui adopte une position extrêmement proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Voir par exemple : CJCE, *Advocaten voor de Wereld c. Leden van de Ministerraad*, 3 mai 2007, aff. C-303/05, § 50 : « Ce principe implique que la loi définisse clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et

de ces critiques, il n'en reste pas moins que la légalité des délits et des peines interdit qu'un comportement soit réprimé sans aucune base textuelle. De plus, et même si les organes de contrôle des règles supralégislatives se montrent souples, le principe de légalité fait peser sur le législateur la menace qu'une punition attachée à un comportement défini en des termes trop vagues soit jugé inconstitutionnelle ou inconstitutionnelle, le contraignant à une vigilance minimale dans l'incrimination des comportements. Au contraire, si ce principe devait ne pas s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles, la liberté du législateur en ce domaine semblerait totale.

B – Les corollaires du principe de légalité.

600. Les raisons qui justifient l'application du principe de légalité aux mécanismes répressifs conduisent à ne pas limiter celui-ci à la prévision formelle d'une incrimination ou d'une sanction. La légalité criminelle ne serait qu'une coquille vide si un individu pouvait être condamné en vertu d'un texte adopté postérieurement ou interprété de façon extensive. Pour ces raisons, le principe de légalité semble nécessairement devoir être accompagné d'un principe de non-rétroactivité des sanctions pécuniaires civiles (1) et d'un principe d'interprétation stricte des textes instaurant des sanctions pécuniaires civiles (2).

1 – La non-rétroactivité des sanctions pécuniaires civiles.

601. La limitation au principe de non-rétroactivité. Deux principes fondamentaux régissent l'application de la loi pénale dans le temps : l'interdiction de la rétroactivité des lois répressives plus sévères et la rétroactivité des lois plus douces, aussi appelée rétroactivité *in mitius*²³⁰¹. Ce dernier principe étant classiquement rattaché non à la légalité criminelle mais à la nécessité des peines, il sera étudié à ce titre.

omissions engagent sa responsabilité pénale ». J. Molinier, « Principes généraux », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2011 (actualisation janv. 2019), n° 118.

²³⁰¹ Sur les difficultés que peut soulever l'appréciation du caractère plus doux ou plus sévère d'une loi, voir par exemple : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 76.

602. Les difficultés théoriques. L'analyse juridique majoritaire concernant l'application de la loi dans le temps découle des théories développées par le doyen ROUBIER. Succédant à la théorie des droits acquis²³⁰², cette présentation distingue entre effet immédiat, survie de la loi ancienne et rétroactivité²³⁰³. Par principe, la loi est d'application immédiate, ce qui signifie qu'elle a vocation à régir la constitution des situations juridiques postérieures à son entrée en vigueur ainsi que les effets futurs des situations juridiques, même constituées antérieurement²³⁰⁴. Du point de vue de l'application de la loi dans le temps, deux autres situations sont cependant possibles. La loi ancienne peut continuer à régir la constitution de situations ou les effets de situations postérieurement à son entrée en vigueur, ce qui correspond alors à la survie de la loi ancienne. Inversement, on peut concevoir qu'une loi, de façon dérogatoire, soit appelée à régir la constitution d'une situation juridique antérieure ou les effets passés d'une situation juridique. Ce n'est qu'alors que la loi sera proprement dite rétroactive²³⁰⁵.

Cette théorie fournit un cadre conceptuel appréciable pour penser l'application des lois dans le temps. Toutefois, elle n'en soulève pas moins des difficultés de mise en œuvre certaines, tant il peut être difficile de déterminer ce qui constitue une situation juridique et ce qui relève de sa constitution ou de ses effets²³⁰⁶. Une difficulté apparaît de ce point de vue concernant la responsabilité pénale : la situation juridique est-elle constituée au jour de la commission des faits ou n'est-elle définitivement constituée qu'au jour du jugement pénal ? Cette question renvoie alors à celle de l'effet constitutif ou déclaratif du jugement pénal²³⁰⁷ : si le jugement pénal n'est que déclaratif, alors la situation est pleinement constituée au jour de la commission de l'infraction. En revanche, s'il est constitutif, la situation juridique ne sera définitive qu'au moment de la condamnation. Cette analyse a un impact direct sur la qualification du point de vue de l'application de la loi dans le temps. Dans le premier cas, si une loi survient entre

²³⁰² J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale*, LGDJ, Paris, 5^{ème} éd., 2018, n° 552 et s. En dépit du succès doctrinal des théories de ROUBIER, la jurisprudence recourt parfois à la notion de droit acquis, suivant en ce domaine un certain empirisme (*op. cit.*, n° 554 et 555).

²³⁰³ E. L. Bach, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD civ.* 1969.405 ; J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale*, *op. cit.*, n° 581.

²³⁰⁴ E. L. Bach, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », art. préc. ; J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale*, *op. cit.*, n° 581. Sur le caractère de principe de l'application immédiate de la loi nouvelle, voir : J. Ghestin, H. Barbier, *op. cit.*, n° 569 et 583.

²³⁰⁵ *Ibid. Adde* : M. Brenaut, « De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu », *RDA* n° 18, p. 37.

²³⁰⁶ J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale*, *op. cit.*, n° 585 et s..

²³⁰⁷ M. Brenaut, « De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu », art. préc., n° 6.

des faits et un jugement pénal, l'application de la loi aux faits antérieurs devrait être qualifiée de rétroactive. À l'inverse, dans le second cas, il ne s'agirait que d'une application immédiate de la loi nouvelle, l'application par le juge de la loi en vigueur au moment des faits constituant un cas de survie de la loi ancienne²³⁰⁸.

603. Les certitudes pratiques et leur application aux sanctions pécuniaires civiles. Si cette question a donné lieu à une controverse doctrinale importante²³⁰⁹, ses répercussions pratiques sont minimales, les solutions concrètes paraissant certaines²³¹⁰. La loi prévoyant une infraction ou régissant la peine prononcée est, sauf si elle est plus favorable à l'auteur du comportement, celle du jour ou les faits constitutifs de l'infraction ont été commis²³¹¹. Cette solution est consacrée à l'article 112-1 du Code pénal, qui dispose dans ses deux premiers alinéas que « sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date ». Toutefois, à la différence du principe posé à l'article 2 du Code civil²³¹², qui n'a que valeur législative et est donc susceptible, certes dans des conditions de plus en plus strictement définies, de connaître des exceptions, la règle énoncée à l'article 112-1 du Code pénal trouve un écho dans des textes de valeur supralégislative²³¹³, s'imposant ainsi au législateur²³¹⁴.

²³⁰⁸ A. Vitu, *Des conflits de loi dans le temps en droit pénal*, Thèse Nancy, 1945, n° 67.

²³⁰⁹ M. Brenaut, « De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu », art. préc. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1761 ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 239 et s..

²³¹⁰ *Ibid.* Un parallèle peut de ce point de vue être fait avec la responsabilité civile. En dépit d'incertitudes quant au caractère constitutif ou déclaratif du jugement de responsabilité (F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, op. cit., n° 1115), la loi applicable est de façon constante celle du jour de survenance du dommage (J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale*, op. cit., n° 590 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Droit civil, Les obligations*, loc. cit.).

²³¹¹ Voir par exemple : Com., 26 janv. 2010, n° 08-19.872 : « Attendu que l'arrêt condamne M. Roger X..., seul in bonis, au paiement d'une amende civile de 5 000 euros au motif que l'action engagée par MM. Gérard et Roger X..., qui ne peuvent sérieusement croire au succès de leurs prétentions, procède d'une intention purement dilatoire destinée à entraver le déroulement des opérations de liquidation judiciaire et d'apurement du passif ; Attendu qu'en statuant ainsi, alors qu'en vertu de l'article 32-1 du code de procédure civile, dans sa rédaction applicable à la date du 22 février 1993 lors de l'introduction de l'action par la société Le Vuache, MM. Gérard et Roger X..., l'amende à laquelle pouvait être condamné celui qui agissait en justice de manière dilatoire ou abusive ne pouvait dépasser la somme de 10 000 francs, soit 1 500 euros, la cour d'appel a violé le texte susvisé ». Il ne sera pas fait état ici des difficultés que soulèvent, de ce point de vue, les infractions complexes ou même matérielles. Voir également : Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2008, n° 07-18.022. Sur cette question : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1767.

²³¹² « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ».

²³¹³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1762.

²³¹⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1763. Voir spécialement CC, Décision n° 79-109 DC, 9 janv. 1980, considérant n° 7 : « Sur le grief tiré de la rétroactivité - Considérant que les dispositions des articles 4 et 9 de la loi soumise au Conseil constitutionnel, qui se bornent à assurer un avantage nouveau ou une garantie particulière de procédure à certaines catégories d'étrangers, ne sont pas relatives à des mesures pénales et ne contreviennent donc pas à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 » ; J.-B. Auby, « Note sous décision n° 79-109 DC », *D.* 1980, II, 249, n° 4. Pour d'autres références voir : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 236, note n° 1.

Qu'il s'agisse d'une prohibition des lois pénales rétroactives ou d'un principe de survie de la loi ancienne, la solution découle, au moins en ce qui concerne les lois plus sévères, du principe de légalité²³¹⁵. Comme ce dernier, les règles supralégislatives relatives à l'application des lois pénales dans le temps ne sont pas limitées au droit pénal *stricto sensu* mais s'appliquent à toute sanction ayant le caractère d'une punition²³¹⁶. La mise en œuvre de ces règles ne semble pas soulever de difficultés spécifiques aux sanctions pécuniaires civiles²³¹⁷ dans la mesure où leur application semble binaire : ou la loi nouvelle peut s'appliquer à des faits antérieurs, ou elle ne le peut pas.

2 – L'interprétation stricte des textes instaurant des sanctions pécuniaires civiles.

604. La portée du principe de l'interprétation stricte. Expressément prévu à l'article 111-4 du Code pénal (qui dispose que « La loi pénale est d'interprétation stricte »), le principe d'interprétation stricte de la loi pénale encadre les pouvoirs du juge répressif. Ce principe impose au juge répressif non seulement de respecter le sens des textes répressifs, *i.e.* l'esprit du texte, mais aussi leur champ précis d'application tel qu'il résulte des termes employés²³¹⁸. Le principe d'interprétation stricte n'a pas vocation à empêcher le juge d'explicitier ou de préciser le sens des textes pénaux, ce qui semblerait de toute façon impossible, mais vise à restreindre au minimum la portée de ces textes et à les rendre le plus prévisible possible. Une des principales conséquences de ce principe est ainsi d'interdire au juge pénal, au moins en théorie²³¹⁹,

²³¹⁵ Y. Mayaud, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 76 : « Si on avait une position conforme aux exigences de la légalité, une loi nouvelle devrait toujours exclusivement s'appliquer aux faits qui lui sont postérieurs » ; N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé, op. cit.*, n° 236. Voir également : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 1787. L'auteur souligne l'incohérence de la règle d'application immédiate des règles de procédure pénale nouvelles en dépit de l'application du principe de légalité en ce domaine.

²³¹⁶ J. Ghestin, H. Barbier, *Introduction générale, op. cit.*, n° 559. *Cf infra*, n° 608.

²³¹⁷ Sur le respect des règles d'application dans le temps des dispositions punitives en matière d'amende civile, voir par exemple le décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile dont l'ensemble des dispositions à l'exception de l'augmentation du montant des amendes civiles étaient applicables aux procédures en cours : J. Villacèque, « A propos du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile », *D.* 2006.539.

²³¹⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 555.

²³¹⁹ Sur la survivance de l'interprétation par analogie en droit pénal : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 604 et s..

de raisonner par analogie, *a contrario* ou de façon téléologique, et ainsi d'étendre le champ d'application du texte au-delà de ses limites formelles²³²⁰.

605. L'interprétation stricte et les peines civiles. À l'image de la légalité criminelle, le principe d'interprétation stricte enserme la répression et est ainsi fréquemment perçu comme nuisant à la souplesse et à l'efficacité du droit pénal²³²¹. Dans un souci d'efficacité, certains auteurs ont dès lors envisagé une éviction de cette règle d'interprétation au sujet des sanctions pécuniaires civiles. Ainsi, selon Suzanne CARVAL, l'interprétation stricte à laquelle « les tribunaux répressifs sont particulièrement attachés » ne serait pas nécessairement appliquée aux sanctions civiles, celles-ci étant « généralement purement pécuniaire[s], dépourvue[s] de caractère stigmatisant, fréquemment infligée[s] à des personnes morales »²³²².

Il faut reconnaître que certaines solutions jurisprudentielles semblent aller en ce sens. Outre les solutions évoquées par l'auteur dans le domaine du droit social, la sanction du recel successoral a semblé fournir une illustration de l'interprétation élargie des peines en droit civil. En effet, si l'interprétation stricte a conduit à refuser, en droit pénal, qu'une infraction de commission puisse être réalisée par omission, tel n'a d'abord pas été le cas concernant cette peine civile²³²³. Cependant, revenant à plus d'orthodoxie, la jurisprudence exige désormais un fait positif et non une simple omission, si bien qu'« il serait inexact de conclure que la jurisprudence donne de la notion de recel une interprétation large qui serait contraire au principe de l'interprétation stricte des textes répressifs »²³²⁴. De même, c'est à une interprétation stricte des textes « d'incrimination » que se livre la Cour de cassation lorsqu'elle refuse l'extension des sanctions du recel successoral au cas dans lequel les sommes dissimulés

²³²⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 591 et s., spéc. n° 593 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 97. Voir par exemple : Crim., 31 janv. 1973, n° 72-92.804.

²³²¹ B. Starck, *La responsabilité dans sa double fonction de garantie et de peine privée*, op. cit., p. 358 ; Th. Perroud, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni*, op. cit., n° 357 et s. ; I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », art. préc., n° 10 ; M.-T. Calais-Auloy, « La dépenalisation en droit des affaires », art. préc., n° 14.

²³²² S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 229.

²³²³ C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, op. cit., n° 275.

²³²⁴ M. Grimaldi, *Droit des successions*, LexisNexis, Paris, 7^{ème} éd., 2017, n° 515.

l'ont été par un indivisaire et non par un héritier²³²⁵. Cette solution répond là encore aux exigences d'une interprétation stricte des mécanismes répressifs²³²⁶.

606. Les liens entre la légalité et l'interprétation stricte. Dès lors que le principe de légalité trouve à s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles²³²⁷, il semblerait difficile d'envisager une éviction pure et simple de la règle de stricte interprétation²³²⁸, celle-ci apparaissant comme une conséquence nécessaire de la légalité²³²⁹. En l'absence d'une telle règle d'interprétation, le juge serait indirectement en mesure de décider qu'un comportement non textuellement incriminé donne lieu au prononcé d'une peine²³³⁰, méconnaissant ainsi le sens du principe de légalité²³³¹. C'est alors aux exigences de la légalité lorsqu'elle est appliquée aux sanctions pécuniaires civiles qu'il convient de s'intéresser directement, la précision variable des textes répressifs induisant corrélativement un plus ou moins large pouvoir d'appréciation de l'organe habilité à prononcer la sanction.

§II – L'application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles.

607. L'application des règles propres à la légalité criminelle aux sanctions pécuniaires civiles soumises aux principes directeurs du droit pénal est certaine (A), mais les modalités de cette application méritent d'être précisées (B).

²³²⁵ Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, n° 93-10.039.

²³²⁶ M. Grimaldi, « Les dispositions de l'article 792 du code civil ne sont pas applicables lorsque les sommes dues par le débiteur le sont en sa qualité d'indivisaire et non en celle d'héritier. La rémunération de l'indivisaire gérant n'est pas limitée par les résultats de cette gestion », *D.* 1995.333, n° 2. Voir également, concernant l'indignité successorale : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 315. On peut également noter, quoique de façon moins évidente, que c'est à une interprétation stricte des textes que se livre la Cour de cassation en refusant d'étendre l'amende pour exercice abusif d'une action en justice prévue par l'article 32-1 du Code de procédure civile à des procédures qui, telle la procédure disciplinaire devant le conseil de l'ordre des avocats, ne constituent pas des actions en justice : Civ. 2^{ème}, 2 déc. 2003, n° 03-12.506. De plus, une juridiction ne saurait prononcer une amende civile pour procédure abusive à l'égard d'une procédure dont elle n'est pas saisie : Civ. 2^{ème}, 26 févr. 1997, n° 94-16.458.

²³²⁷ *Cf infra*, n° 608 et s..

²³²⁸ Pour une critique de cette proposition, voir par exemple : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 324.

²³²⁹ N. Rias, « Synthèse – Principes généraux de la loi pénale », art. préc., n° 23.

²³³⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 592, citant : E. Garçon, *Le droit pénal*, Payot, 1922, p. 92. Voir également : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *loc. cit.*

²³³¹ Voir notamment, reconnaissant le lien entre principe de légalité et interprétation stricte : CC, Décision n° 96-377 DC, 16 juill. 1996, considérant n° 11 : « le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi ».

A – Une application certaine.

608. Application du principe. Contrairement à d'autres principes directeurs du droit pénal, il ne semble pas nécessaire de revenir longuement sur l'application même du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles. En matière constitutionnelle, la majorité des décisions ayant appliqué les principes constitutionnels à des sanctions extrapénales concernaient directement le principe de légalité des délits et des peines²³³². Plus généralement, l'importance capitale de ce principe au sein des différentes déclarations de droit semble le rendre difficile à évincer dès lors que l'application d'une partie des règles protectrices du droit pénal à une sanction est acquise. La situation de l'astreinte est toutefois particulière. Bien que l'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen lui ait expressément été refusée²³³³, le fonctionnement même du mécanisme peut sembler en partie pallier cet inconvénient en ce qui concerne le principe de légalité. La sanction pécuniaire que porte l'astreinte n'étant infligée que si l'individu ne se conforme pas à l'ordre que lui adresse le juge, une partie au moins de la protection liée au principe de légalité, celle liée à la prévisibilité de la sanction, sera assurée.

B – Les modalités de l'application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles.

609. Deux aspects particuliers de l'application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles semblent pouvoir être étudiés. D'une part, et quelle que soit la justification retenue, ces sanctions semblent faire l'objet d'une application atténuée du principe de légalité par rapport aux exigences que connaît celui-ci en droit pénal *stricto sensu*. D'autre part, échappant à la classification tripartite des infractions pénales en crime, délit et contravention, la compétence pour instaurer une amende civile mérite d'être questionnée. C'est donc tant à la mesure de l'application du principe de légalité (1) qu'à la compétence pour adopter une amende civile (2) qu'il convient désormais de s'intéresser.

²³³² Cf *supra*, notamment n° 557.

²³³³ Cf *supra*, n° 563.

1 – La mesure de l'application du principe de légalité.

610. Face à la multiplication des sanctions administratives dans la seconde moitié du XX^{ème} siècle, c'est dans un premier temps au regard de ces sanctions que se sont dessinées les règles régissant le respect de la légalité criminelle hors du droit pénal. C'est plus spécifiquement à l'atténuation du principe de légalité hors du droit pénal (a) qu'il convient dans un premier temps de s'intéresser. À ce titre, l'importance des exigences tenant au principe de légalité, particulièrement en présence de textes d'« incrimination » procédant par renvoi très général, ne peut qu'inquiéter. L'analyse des solutions retenues en matière de sanctions pécuniaires civiles, et spécialement d'amende civile, n'est pas de nature à rassurer totalement. Elles semblent cependant se détacher des dérives les plus importantes, conduisant à une application contrastée du principe aux sanctions pécuniaires civiles (b).

a – L'atténuation du principe de légalité hors du droit pénal.

611. Une atténuation marquée dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Tant les décisions constitutionnelles que les jurisprudences européennes paraissent ouvrir la voie à une application atténuée des principes pénaux lorsqu'ils sont mis en œuvre relativement aux sanctions pécuniaires civiles²³³⁴. Les principales décisions en ce domaine se trouvent au sein de la jurisprudence constitutionnelle.

Les premières décisions du Conseil constitutionnel admettant l'application des principes pénaux hors du droit pénal *stricto sensu* reconnaissaient simultanément que le principe de légalité était satisfait, en matière administrative, « par la référence aux obligations auxquelles le titulaire d'une autorisation administrative est soumis en vertu des lois et règlements »²³³⁵. Le Conseil valide ainsi la possibilité pour une autorité administrative d'infliger une sanction pécuniaire particulièrement rigoureuse en raison du non-respect par un individu d'« une disposition européenne, législative ou réglementaire au respect de laquelle l'Autorité [de contrôle prudentiel et de résolution]

²³³⁴ Cf section précédente.

²³³⁵ Cf *supra*, n° 569. Sur l'imprécision de l'élément matériel en matière de sanctions administratives : M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, p. 53 et s..

a pour mission de veiller ou des codes de conduite homologués applicables à sa profession »²³³⁶. Une telle sanction peut également être infligée en cas de « manquements aux obligations résultant des règlements européens, des dispositions législatives ou réglementaires ou des règles professionnelles visant à protéger les investisseurs contre les opérations d'initiés, les manipulations de marché et la divulgation illicite d'informations privilégiées mentionnées aux c et d du II de l'article L. 621-15, ou à tout autre manquement de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs, au bon fonctionnement des marchés [...] »²³³⁷. Cette dernière hypothèse, qui peut notamment donner lieu au prononcé d'une amende administrative d'un montant maximal de cent millions d'euros ou du décuple de l'avantage retiré, a récemment été déclarée conforme au principe de légalité des délits et des peines par le Conseil constitutionnel²³³⁸. Cette compréhension extrêmement souple du principe de légalité se retrouve dans la jurisprudence des juridictions administratives et judiciaires.

612. Principe de légalité et juridictions « ordinaires ». L'application du principe de légalité par les juridictions judiciaires et administratives s'est révélée particulièrement souple. Le Conseil d'État a ainsi admis, en matière de sanctions administratives, que le principe de légalité se trouve satisfait lorsqu'il « est raisonnablement prévisible par les professionnels concernés, eu égard aux textes définissant leurs obligations professionnelles et à l'interprétation en ayant été donnée jusqu'alors par l'Autorité ou la commission des sanctions, que le comportement litigieux constitue un manquement à ces obligations, susceptible comme tel d'être sanctionné en application de l'article L. 612-39 du code monétaire et financier »²³³⁹. Cette compréhension du principe de légalité, fondé sur une simple prévisibilité raisonnable, rappelle clairement la position de la Cour européenne de sauvegarde des

²³³⁶ CMF, art. L. 612-39.

²³³⁷ CMF, art. L. 621-15, II, 4° renvoyant à l'article L. 621-14.

²³³⁸ CC, Décision n° 2017-634 QPC, 2 juin 2019. Le Conseil rejette tant le grief tiré de l'imprécision de la disposition en cause que le renvoi à un texte administratif pour définir le comportement sanctionné. « Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché », *Constitutions* 2017.344 ; J.-M. Brigant, « Sanctions prononcées par l'AMF : tout est conforme », *RSC* 2017.540 et « Légalité et proportionnalité de sanctions prononcées par l'AMF », *JCP G* 2017, 736 ; J.-H. Robert, « Les articles L. 621-14 et L. 621-15 du code monétaire et financier ne sont pas contraire à la Constitution », *Rev. soc.* 2018.261, n° 3 à 7 ; P. Pailler, « Les sanctions administratives à l'épreuve des principes de légalité et de proportionnalité », *RDBF* 2017, comm. 225 ; F. Boucard, « Légalité et proportionnalité des sanctions prononcées par l'AMF », *RDBF* 2017, comm. 145. Sur la sanction pécuniaire prononcée par l'Agence française anticorruption : *infra*, n° 616.

²³³⁹ CE, 20 janv. 2016, n° 374950, considérant n° 16.

droits de l'Homme et aboutit à une même compréhension minimale du principe²³⁴⁰. La Cour de cassation est naturellement moins souvent appelée à se prononcer sur la validité de sanctions administratives. On peut néanmoins souligner qu'à l'égard de sanctions prononcées par l'AMF pour absence d'information du public relativement à « une opération financière susceptible d'avoir une incidence significative sur le cours d'un instrument financier ou sur la situation et les droits des porteurs de cet instrument financier »²³⁴¹, elle a approuvé la Cour d'appel de Paris d'avoir confirmé une sanction prononcée par l'autorité dans une affaire mettant en jeu certains produits dérivés qui n'étaient, au moment des faits, pas envisagés par les textes répressifs²³⁴². Cette position peut sembler surprenante dans la mesure où le comportement en cause fut spécifiquement incriminé postérieurement à la commission des faits²³⁴³. Ce faisant, la Cour de cassation semble également retenir une vision peu exigeante du principe de légalité.

613. La disparition des exigences de la légalité : le cas de l'ACPR. La compréhension que livrent le Conseil constitutionnel, le Conseil d'État et la Cour de cassation du principe de légalité appliqué hors du droit pénal au sens strict semble déjà extrêmement permissive. La lecture qui est faite du principe de légalité par certaines autorités apparaît plus ouverte encore, confinant à la négation de celui-ci. L'ACPR a ainsi considéré, dans une décision du 7 février 2017, que :

« il est [...] sans incidence que la disposition fondant le manquement imputé à [la société en cause] figure dans le livre Ier de ce code, relatif au contrat d'assurance, ni, comme il est soutenu en défense, qu'elle ait valeur d'une règle de preuve et non de fond au sens du droit des obligations ; que les dispositions du CMF et du code des assurances ne limitent pas non plus l'usage par l'ACPR de son pouvoir de sanction aux seules situations dans lesquelles l'assureur a porté atteinte aux intérêts des assurés ; qu'il ne peut enfin être déduit de ce que le législateur n'a prévu aucune sanction réprimant spécialement la violation des

²³⁴⁰ Cf *supra*, n° 597. Adde : CEDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1979, n° 6538/74, § 49 ; CEDH, *Malone c. Royaume-Uni*, préc., § 66 ; CEDH, *Soros c. France*, 6 oct. 2011, n° 50425/06.

²³⁴¹ Règlement général de l'Autorité des marchés financiers, art. 223-5.

²³⁴² Com., 27 mai 2015, n° 12-21.361. Voir sur cette affaire : A. Gaudemet, « Affaire Wendel-Saint-Gobain : un parfum de LVMH ? », *D.* 2011.855 ; H. le Nabasque, « Wendel/Sanction-Gobain : confirmation par la cour d'appel de Paris de la décision de sanction de l'AMF du 13 décembre 2010 », *Rev. soc.* 2012.586 ; A. Maron, J.-H. Robert, M. Véron, « Droit pénal et procédure pénale », *JCP G* 2015, doct. 1149, n° 8.

²³⁴³ A. Gaudemet, « Affaire Wendel-Saint-Gobain : un parfum de LVMH ? », art. préc., n°12 et s. ; R. Vabres, « Instruments financiers à terme », *Dr. soc.* 2016, comm. 33.

dispositions de cet article L. 112-3 que la Commission ne pourrait sanctionner les manquements s'y rapportant »²³⁴⁴.

La Commission des sanctions semble alors affirmer que le non-respect d'une règle du Code des assurances, règle qui n'a pas une nature répressive mais simplement probatoire, peut justifier le prononcé d'une sanction pécuniaire, laquelle peut, au moins théoriquement, atteindre cent millions d'euros. Ainsi qu'ont pu le souligner certains commentateurs de cette décision, « la doctrine de la Commission des sanctions débouche sur une transformation de la nature de pans entiers de notre législation, qui dépasse le domaine de l'assurance »²³⁴⁵. Selon ces mêmes auteurs, le manquement à une disposition quelconque des différents codes énumérés à l'article L. 612-1 du Code monétaire et financier²³⁴⁶ pourrait servir de fondement à une sanction « disciplinaire ». Ces auteurs ajoutent que cela revient à « conférer à des codes pris dans leur intégralité un caractère répressif. Il y a là une dérive, au profit de ce qui n'est qu'une administration, au-delà de ce que l'on peut admettre dans un pays civilisé »²³⁴⁷.

Bien que cette décision soit sans conteste extrêmement dangereuse pour les libertés individuelles, sa portée peut cependant être nuancée. D'une part, à notre connaissance, cette décision n'a pas fait l'objet d'un recours. Si les juridictions administratives avaient été appelées à statuer sur cette question, on peut espérer qu'elles auraient retenu une lecture plus exigeante de la légalité en matière répressive. D'autre part, et surtout, la position du Conseil constitutionnel en matière de sanctions pécuniaires civiles apparaît d'une exigence inégale ; celle-ci semble, en tout cas, revenir à une conception plus stricte du principe de légalité.

b – Une application contrastée du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles.

614. L'intérêt et les difficultés tenant à l'atténuation du principe de légalité. L'atténuation du principe de légalité, lorsqu'il est appliqué aux sanctions pécuniaires civiles, constitue sans conteste l'un des principaux éléments mis en avant par les auteurs favorables au développement de ce type de mécanismes dans la mesure

²³⁴⁴ ACPR, 7 févr. 2017, décision n° 2016-02, n° 7.

²³⁴⁵ D. R. Martin, H. Synvet, « Droit bancaire », *D.* 2017.2176.

²³⁴⁶ Il s'agit du Code monétaire et financier, du Code des assurances, du livre IX du Code de la sécurité sociale, du Code de la mutualité et du livre III du Code de la consommation.

²³⁴⁷ D. R. Martin, H. Synvet, « Droit bancaire », *D.* 2017.2176.

où cet assouplissement permettrait la mise en œuvre d'une répression plus souple et plus adaptable que la répression pénale²³⁴⁸. C'est à ce titre principalement la question de la légalité des délits qui sera envisagée, la légalité des peines ne paraissant soulever que peu de difficultés²³⁴⁹.

Dans sa thèse consacrée à « la responsabilité civile dans sa fonction de peine privée », Suzanne CARVAL soulignait que l'atténuation que connaît le principe de légalité lorsque la répression s'exerce en matière administrative devrait également s'appliquer en droit civil. Ce faisant, il conviendrait de donner au juge la possibilité de sanctionner « la violation d'obligations définies par des textes. Le degré de précision devrait, bien sûr, être suffisant pour assurer que le justiciable soit en mesure de s'y conformer, ce qui n'exclut pas, cependant, l'emploi de termes plus généraux que ceux auxquels le législateur doit avoir recours en droit pénal ». Cette proposition a trouvé un certain écho en doctrine²³⁵⁰. Nous pensons que deux remarques peuvent être faites. D'une part, Suzanne CARVAL reprend la référence faite par le Conseil constitutionnel, en matière de sanctions administratives, aux obligations auxquelles sont soumis les justiciables. En matière civile, on peut cependant penser que cette formulation n'est pas spécialement éclairante. L'individu soumis à une sanction civile n'est ni censé être titulaire d'une autorisation administrative, ni intervenir dans un secteur régulé par une autorité, si bien que les obligations assorties d'une telle sanction ne se distinguent pas, de ce point de vue, des interdits ou impératifs pénaux. De plus, la possibilité d'assortir un ensemble de comportements d'une même sanction par renvoi ne semble pas poser de réelles difficultés²³⁵¹, cette technique se rencontrant également en droit pénal. La question se rapporte alors exclusivement à la précision avec laquelle les comportements réprimés doivent être définis. D'autre part, il semble difficile de trouver dans la proposition de Suzanne CARVAL ou dans les écrits doctrinaux postérieurs une

²³⁴⁸ Cf *supra*, n° 357 ; Adde par exemple : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 208 et s. ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 530 ; E. Juen, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc., n° 5 ; N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 316 et « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? », art. préc., n° 4 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 324 ; Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Madame Christiane Taubira, Garde des sceaux, ministre de la justice*, *op. cit.*, p. 54.

²³⁴⁹ Cf *infra*, n° 813.

²³⁵⁰ Par exemple : E. Juen, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », *loc. cit.* ; N. Fournier de Crouy, « La faute lucrative », *op. cit.*, n° 316.

²³⁵¹ L'amende civile de l'article 50 du Code civil opère de longue date par renvoi. De même, l'amende civile en matière de pratiques restrictives de concurrence, désormais prévue à l'article L. 442-4 I du Code de commerce, procède par une « incrimination », par renvoi aux articles L. 442-1, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-7 et L. 442-8 du même Code. Voir par exemple sur le contenu actuel des pratiques ainsi visées : P. Arhel, « Transparence tarifaire et pratiques restrictives », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2017 (actualisation sept. 2019), n° 380.

formulation claire du degré d'atténuation que pourrait connaître le principe de légalité des délits et des peines en matière civile. Ces incertitudes traduisent dans une large mesure les imprécisions de la jurisprudence, notamment constitutionnelle. L'étude de cette jurisprudence permet néanmoins de mieux cerner la mesure du principe appliqué aux sanctions pécuniaires civiles, notamment à travers l'analyse des décisions rendues par le Conseil constitutionnel au sujet des amendes civiles.

615. Une jurisprudence constitutionnelle contestable en matière de pratiques restrictives de concurrence. L'origine de la position du Conseil constitutionnel concernant l'application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles est à chercher dans la décision *Darty et fils*²³⁵². Dans cette décision, le Conseil affirmait tout à la fois que l'amende civile anciennement prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce²³⁵³ était soumise au principe de légalité, que l'application de ce principe était atténuée, et que l'interdiction de la soumission ou de la tentative de soumission à des obligations créant un déséquilibre significatif, alors formulée au I, 2° de l'article²³⁵⁴, respectait, eu égard à la nature pécuniaire de la sanction et à la complexité du comportement réprimé, le principe de légalité des délits et des peines²³⁵⁵. La motivation de cette déclaration de conformité apparaissait pourtant largement contestable.

La solution retenue par le Conseil constitutionnel reposait notamment sur le fait que la notion de déséquilibre significatif entre les obligations des parties était déjà

²³⁵² CC, Décision n° 2010-85 QPC, préc. *Cf supra*, n° 557.

²³⁵³ Voir actuellement : C. com., art. L. 442-4 I.

²³⁵⁴ Voir actuellement : C. com., art. L. 442-1, I 2°.

²³⁵⁵ J.-B. Perrier, « Déséquilibre significatif : le droit "quasi-pénal" de la concurrence conforme au principe de légalité », *AJ pénal* 2011.191.

connue²³⁵⁶, figurant alors à l'article L. 132-1 du Code de la consommation²³⁵⁷. Cet aspect de la motivation du Conseil est pourtant problématique. Il a notamment été souligné que les textes du droit de la consommation excluent expressément du champ du déséquilibre significatif les clauses qui portent sur l'objet principal du contrat ou sur le prix, pour peu que celles-ci soient claires. Le fait de considérer que le principe de légalité était respecté par transposition de la notion connue en droit de la consommation semblait dès lors imposer de restreindre semblablement le champ de la notion en droit de la distribution²³⁵⁸. Cette motivation aurait ainsi dû priver le texte d'une de ses applications les plus utiles. Il a de plus été souligné que le renvoi au droit de la consommation semblait malvenu, la notion ne permettant pas directement, dans ce contexte, la mise en œuvre de mesures répressives²³⁵⁹.

L'application de l'amende civile par les juges judiciaires a, par la suite, renouvelé cette difficulté. Ceux-ci ne se sont jamais montrés particulièrement enclins

²³⁵⁶ Y. Picod, « Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », art. préc.. Sur l'appréciation du déséquilibre significatif au sens des pratiques restrictives de concurrence : Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 et n° 14-10.907, G. Chantepie, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJCA* 2015.218 ; Ph. Le Tourneau, M. Zoia, « Fasc. 1030 : Conditions de validité – Validité au regard du droit de la concurrence », art. préc., n° 94, c ; F.-X. Licari, « Quelques précisions importantes sur les champs d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce », *RLC* 2017/148 ; M. Béhar-Touchais, « Premières précisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, p. 523. Sommairement l'appréciation du déséquilibre significatif s'effectue en deux temps. Dans un premier temps, il incombe au demandeur de démontrer en quoi une clause cause un déséquilibre significatif. Dans un second temps, il appartient le cas échéant au bénéficiaire de la clause de démontrer que celle-ci trouve une contrepartie dans d'autres clauses du contrat. Voir toutefois, D. Ferrier, « Concurrence-Distribution », *D.* 2011.540. Sur l'appréciation abstraite du déséquilibre, voir par exemple : N. Mathey, « Déséquilibre significatif dans les relations de distribution », *CCC* 2011, comm. 234. Pour des exemples de clauses ayant entraîné des condamnations : M. Béhar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015, doct. 603 ; M.-C. Mitchell, T. Delannoy, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA* 2015.504 ; G. Chantepie, N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019 (actualisation janv. 2020), n° 152 et s.. Résumant les différents éléments pris en considération par la jurisprudence pour caractériser un déséquilibre significatif en droit commercial, ces auteurs retiennent comme éléments pertinents l'absence de réciprocité, la dérogation à des règles supplétives, l'imprécisions des stipulations

²³⁵⁷ Voir actuellement : C. conso, art. L. 212-1. Cet aspect de la motivation a été repris par les juges judiciaires pour justifier du respect de l'article 7 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales par le texte en cause : Paris, 1^{er} oct. 2014, n° 13/16336, M. Chagny, « Le déséquilibre significatif devant la CA de Paris », *RTD com.* 2014.785.

²³⁵⁸ M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc. ; A. Lecourt, « Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel », art. préc. ; M. Malaurie-Vignal, « Déséquilibre significatif : faut-il opposer l'action en cessation et l'action en nullité et réparation, comme le fait l'arrêt de la cour d'appel de Paris ? », *CCC* 2011, comm. 63 ; B. Fages, « Comprendre ce que l'engagement implique », *RTD civ.* 2011.120, spéc. p. 121 ; D. Mainguy, « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP G* 2011, 274 ; B. Bouloc, « Pratiques commerciales abusives. Respect du principe de légalité. Précision de la loi », art. préc. ; J.-B. Perrier, « Déséquilibre significatif : le droit "quasi pénal" de la concurrence conforme au principe de légalité », art. préc. ; G. Roujou de Boubée, Th. Garé, S. Mirabail, T. Potaszkin, « Droit pénal », *D.* 2011.2823.

²³⁵⁹ M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc.. Certes, l'ancien article L. 132-2 du Code de la consommation, devenu L. 241-2 du même Code, prévoit pour certaines clauses la possibilité de prononcer une amende administrative. Néanmoins celle-ci ne pourra être mise en œuvre que pour les clauses irréfragablement réputées abusives, ne faisant ainsi pas reposer la répression sur une notion aussi vague que celle de « déséquilibre significatif ».

à retenir une lecture restrictive du déséquilibre significatif²³⁶⁰. C'est surtout leur non-respect de la « réserve d'interprétation cachée »²³⁶¹, excluant que le déséquilibre porte sur le prix, qui semble problématique. Rapidement, les juges du fond ont marqué une distance entre l'interprétation de l'article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce et l'article L. 132-1 du Code de la consommation²³⁶². Surtout, la Cour de cassation affirma, dans un arrêt du 25 janvier 2017, que « la similitude des notions de déséquilibre significatif prévues aux articles L. 132-1, devenu L. 212-1, du Code de la consommation et L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, relevée par le Conseil constitutionnel [...], n'exclut pas qu'il puisse exister entre elles des différences de régime tenant aux objectifs poursuivis par le législateur dans chacun de ces domaines, en particulier quant à la catégorie des personnes qu'il a entendu protéger et à la nature des contrats concernés ; [...] l'article L. 442-6, I, 2° [...] n'exclut pas, contrairement à l'article L. 212-1 du Code de la consommation, que le déséquilibre significatif puisse résulter d'une inadéquation du prix au bien vendu »²³⁶³. Cette solution paraissant contredire la motivation du Conseil constitutionnel pour justifier le respect du principe de légalité par l'ancien article L. 442-6, I, 2°, une question prioritaire de constitutionnalité fut formulée à l'encontre de la nouvelle interprétation jurisprudentielle du texte et transmise au Conseil constitutionnel²³⁶⁴. Celui-ci, dans une décision du 30 novembre 2018, consacra de nouveau la constitutionnalité du dispositif²³⁶⁵. L'interprétation des juges judiciaires pouvait pourtant sembler devoir conduire à la position inverse. Surtout, l'absence de motivation du Conseil

²³⁶⁰ Voir par exemple : Com., 27 mai 2015, n° 14-11.387, M. Chagny, « La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », *RTD com* 2015.486 ; Centre de droit de la concurrence Yves Serra, « Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2015.2526.

²³⁶¹ N. Mathey, « Note sous décision », *CCC* 2011, comm. 62.

²³⁶² Paris, 29 oct. 2014, n° 13/11059, M. Chagny, « Le déséquilibre significatif devant la CA de Paris », art. préc..

²³⁶³ Com., 25 janv. 2017, préc., « Déséquilibre significatif entre les parties : inadéquation du prix au bien vendu », *D.* 2017.293 ; F.-X. Licari, « Quelques précisions importantes sur les champs d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce », art. préc. ; F. Buy, « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », art. préc. ; S. Tréard, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017.1075, 2 ; Centre de droit de la concurrence Yves Serra, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2017.2444 ; M. Chagny, « Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux ? », *RTD com.* 2017.593 ; H. Barbier, « Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », *RTD civ.* 2017.383. Voir déjà : M. Chagny, « Condamnation de ristournes de fin d'année sur le fondement de la règle sur le déséquilibre significatif », *AJCA* 2015, p. 435 ; « Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la cour d'appel de Paris », *RTD com.* 2015.492 ; M. Béhar-Touchais, « Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC* 2014, p. 411.

²³⁶⁴ Com., 27 sept. 2018, n° 18-40.028, M. Disant, « La jurisprudence source de QPC ? », *JCP G* 2018, 1178 ; « Concurrence : le juge peut-il exercer un contrôle sur les prix ? », *JCP E* 2018, act. 736 ; Centre de droit de la concurrence Yves Serra, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2018.2326.

²³⁶⁵ CC, Décision n° 2018-749 QPC, préc., considérant n° 9, « Pratiques restrictives (déséquilibre significatif) : constitutionnalité du régime », *D.* 2018.2300 ; « Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II », *Constitutions* 2018.468 ; F. Buy, « Oui au contrôle judiciaire du prix ! », *AJ contrat* 2019.29 ; « Déséquilibre significatif : conformité à la Constitution du contrôle judiciaire du prix », *CCC* 2019, alerte 2.

constitutionnel sur une question aussi délicate, celui-ci se contentant de renvoyer à sa décision de 2011, peut surprendre. Le fait que les juges judiciaires aient retenu une interprétation différente du déséquilibre en droit de la distribution et en droit de la consommation semblait en effet contredire la motivation précédente du Conseil constitutionnel et une nouvelle déclaration de constitutionnalité aurait au moins mérité une motivation renouvelée²³⁶⁶. Cette jurisprudence aboutit, avec une légitimité plus qu'incertaine, à conférer au juge un pouvoir répressif extrêmement large, vraisemblablement encore amplifié par la modification des textes à laquelle a procédé l'ordonnance du 24 avril 2019²³⁶⁷.

À ces critiques on peut, rapidement, ajouter qu'un autre aspect de la décision *Darty et fils* est contestable. Le Conseil constitutionnel souligne en effet dans le quatrième considérant que le juge chargé de trancher le litige peut consulter la Commission d'examen des pratiques commerciales. Cet aspect de la décision n'est pas exempt de critiques, puisqu'elle délègue à une autorité administrative le soin de définir la norme répressive²³⁶⁸. On peut par ailleurs se demander en quoi le fait que la juridiction chargée d'appliquer une mesure répressive puisse avoir à interroger un tiers pour comprendre le champ d'intervention de la répression puisse être de nature à rassurer sur la précision et la prévisibilité du comportement « incriminé ».

616. Les espoirs suscités par la décision du 23 mars 2017. En dépit d'une jurisprudence extrêmement permissive en matière de pratiques restrictives de concurrence, le Conseil constitutionnel a posé une limite à l'imprécision des comportements susceptibles d'être sanctionnés par une amende civile. La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a imposé aux sociétés ayant, à la clôture de deux exercices

²³⁶⁶ M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française ! », *JCP G* 2018, 1346 ; N. Mathey, « Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire du prix », *CCC* 2019, comm. 23. *Contra* : N. Ferrier, « Concurrence-Distribution », *D.* 2019.783.

²³⁶⁷ Ord. n° 2019-359 du 24 avril 2019, portant refonte du titre IV du livre IV du code de commerce relatif à la transparence, aux pratiques restrictives de concurrence et aux autres pratiques prohibées. M. Béhar-Touchais, « Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E* 2019, 1363. L'auteur souligne notamment l'élargissement de la définition de l'auteur de la pratique déloyale (devenu « toute personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » et non plus « tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers ») ainsi que de la victime potentielle, le texte abandonnant la référence au « partenaire commercial » pour se référer à « l'autre partie ». Voir également : A.-S. Choné-Grimaldi, « L'interdiction des prix abusivement bas », *JCP E* 2019, 1364, n° 4. Certains comportements anciennement visés par l'article L. 442-6 du Code de commerce semblent cependant faire l'objet d'une restriction. Ainsi de la rupture brutale des relations établies : M. Chagny, « Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 ? », *JCP E* 2019, act. 304.

²³⁶⁸ M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc..

consécutifs, cinq mille salariés en leur sein ou dans leurs filiales directes ou indirectes ainsi que leur siège sur le territoire français, ou dix mille salariés indépendamment du lieu de leur siège, l'obligation d'établir et de mettre en œuvre un plan de vigilance²³⁶⁹. Ce plan doit notamment comprendre des « mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultants des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle au sens du II de l'article L. 233-16, directement ou indirectement, ainsi que des activités des sous-traitants ou fournisseurs avec lesquels est entretenue une relation commerciale établie, lorsque ces activités sont rattachées à cette relation ». Le non-respect de ces obligations devait originellement être sanctionné d'une amende civile d'un montant maximum de dix millions d'euros. C'est notamment sur cette disposition que devait se prononcer le Conseil constitutionnel lors de l'examen de la constitutionnalité de la loi. Dans une décision du 23 mars 2017 par laquelle le Conseil constitutionnel considéra alors que « Compte tenu de la généralité des termes qu'il a employés, du caractère large et indéterminé de la mention des "droits humains" et des "libertés fondamentales" et du périmètre des sociétés, entreprises et activités entrant dans le champ du plan de vigilance qu'il instituait, le législateur ne pouvait, sans méconnaître les exigences découlant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 et en dépit de l'objectif d'intérêt général poursuivi par la loi déferée, retenir que peut être soumise au paiement d'une amende d'un montant pouvant atteindre dix millions d'euros la société qui aurait commis un manquement défini en des termes aussi insuffisamment clairs et précis »²³⁷⁰. Le commentaire de la décision du Conseil oppose expressément la solution avec celle retenue dans la décision 2016-741 DC du 8 décembre 2016. Par cette dernière décision, le Conseil avait validé la sanction pécuniaire instaurée par l'article 17, V de la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la

²³⁶⁹ Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, art. 1, codifié à l'article L. 225-102-4 I du Code de commerce.

²³⁷⁰ CC, Décision n° 2017-750 DC, préc, considérant n° 13, A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017.1610, II-B ; D. Roman, « "Droits humains et libertés fondamentales", des notions "intelligibles" mais "imprécises" ? », *Rev. trav.* 2017.391 ; B. Mathieu, « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'Homme et de l'environnement ? », art. préc. ; P. Dufourq, « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », art. préc. ; « Publication de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *JCP E* 2017, act. 250.

modernisation de la vie économique²³⁷¹, dite loi Sapin II. Alors que le Conseil avait validé cette sanction infligée dans l'hypothèse ou une société ou ses dirigeants n'ont pas adopté « les mesures destinées à prévenir et à détecter la commission, en France ou à l'étranger, de faits de corruption ou de trafic d'influence », le commentaire de la décision du 23 mars 2017 souligne que les notions visées par l'article 17 de la loi Sapin II « renvoient à des infractions précisément définies dans le code pénal français », contrastant de ce fait avec l'imprécision de la loi du 27 mars 2017.

Plusieurs incertitudes demeurent toutefois à la suite de cette décision. Il est par exemple intéressant que le Conseil constitutionnel n'ait pas, à l'inverse de sa motivation dans la décision *Darty et fils*, fait mention de la difficulté à définir les comportements en cause. On peut dès lors se demander si cet élément d'assouplissement, implicitement repris dans la décision du 30 novembre 2018, n'a vocation à s'appliquer qu'à des comportements strictement économiques ou s'il peut jouer dans d'autres circonstances. Surtout, le rapport que semble établir le Conseil entre la gravité potentielle de la sanction et la nécessité de définir avec précision le comportement réprimé interroge quant à sa mise en œuvre. Pour le dire autrement, il semble difficile de prévoir la manière dont la gravité de la sanction influera sur l'exigence de précision. En dépit de ces incertitudes, on peut retenir de cette décision que la matérialité du comportement dont le manquement est sanctionné par une amende civile d'un montant important ne saurait être définie de façon trop imprécise. *A fortiori* ne semble-t-il pas possible de définir la faute réprimée par une sanction pécuniaire civile à laquelle seraient applicables les principes directeurs du droit pénal indépendamment de tout élément matériel.

617. L'application au projet de réforme du droit de la responsabilité civile. C'est pourtant à une sanction venant réprimer une faute dont l'élément matériel n'est pas défini qu'aboutirait le projet de réforme de la responsabilité civile si celui devait être adopté en l'état. L'alinéa premier de l'article 1266-1 du projet prévoit ainsi qu'« En matière extracontractuelle, lorsque l'auteur du dommage a délibérément commis

²³⁷¹ Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique. La sanction prévue par cet article est, au moins en apparence une sanction administrative. Il est alors intéressant de noter que le commentaire de la décision du Conseil met expressément en parallèle une sanction administrative pécuniaire et une amende civile. Toutefois, au regard des critères précédemment dégagés pour distinguer amende civile et amende administrative, la sanction prévue par la loi du 9 décembre 2016 pourrait être qualifiée d'amende civile : *cf supra*, n° 99.

une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie, le juge peut le condamner, à la demande de la victime ou du ministère public et par une décision spécialement motivée, au paiement d'une amende civile ». En dépit du montant potentiellement extrêmement élevé de cette amende, il semble à la lecture de ce texte que celui-ci ne précise en rien l'élément matériel de l'« infraction »²³⁷².

L'inverse a pourtant été soutenu²³⁷³ : même si le texte ne définit pas le comportement répréhensible, celui-ci comporterait un élément matériel. Cet élément matériel tiendrait à la précision du résultat du comportement, laquelle résulterait à la fois de l'exigence expresse d'un gain ou d'une économie et de l'exigence implicite d'un dommage qu'implique l'expression « l'auteur du dommage ». Cette analyse peut néanmoins laisser circonspect. D'une part, le texte de l'article 1266-1 ne prévoit pas que la faute ait généré un gain ou une économie mais que celle-ci ait été commise afin de parvenir à ce résultat. Cette précision semble davantage rapprocher la condition du dol spécial, et donc de l'élément moral²³⁷⁴, que de l'élément matériel. D'autre part, l'exigence implicite d'un dommage, à la supposer réelle, constitue une précision du résultat de la faute tellement évanescence qu'elle ne saurait satisfaire les exigences du principe de légalité²³⁷⁵.

618. En faveur du projet, on pourrait faire remarquer que l'exigence que la faute doit être délibérée implique la conscience chez son auteur de commettre une faute²³⁷⁶. De ce fait, l'auteur de l'acte sera normalement conscient de s'exposer à une sanction. La fonction d'avertissement, qui constitue une des principales raisons d'être du principe de légalité criminelle²³⁷⁷, pourrait ce faisant sembler satisfaite. Une telle

²³⁷² J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité », art. préc., I-B-2. On pourrait, en transposant une analyse menée sur les infractions pénales, voir dans ce texte l'aboutissement de la prise en compte de « fautes de comportement », détachées d'élément matériel : X. Pin, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », art. préc., n° 13 et s. ; J.-B. Belda, « Turbulence en droit de la responsabilité civile : regard critique sur la pratique du surbooking », *RLC* 2019/167, n° 17.

²³⁷³ N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc., n° 7 et 8.

²³⁷⁴ Voir concernant l'amende civile qui avait été envisagée à l'article 1266 de l'avant-projet : J. Lagoutte, « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA* 2017, étude 2, n° 16 ; S. Carval, « Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modification », art. préc., n° 14. Sur le dol spécial, voir par exemple : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 891 et s..

²³⁷⁵ On pourrait certes faire remarquer qu'en certaines hypothèse la définition de l'élément matériel en droit pénal est réduite à peu de chagrin (Voir par exemple : V. Malabat, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 355 et 360 et s.). Cependant en ce cas, l'élément moral est par ailleurs précisé par une définition précise du résultat de l'infraction, telle la mort de la victime ou une atteinte grave à son intégrité physique.

²³⁷⁶ Cf *infra*, n° 775.

²³⁷⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 272. Du fait du principe de légalité criminelle « l'auteur des faits s'est nécessairement déterminé en connaissance de cause ».

analyse n'est cependant pas convaincante. On peut, d'une part, remarquer que l'avertissement délivré par l'article 1266-1 du projet de réforme, ne pas commettre de façon consciente une faute en vue de réaliser un profit, est d'une qualité nettement inférieure à celle qui découle d'une interdiction ou d'un ensemble d'interdictions de comportements donnés, seraient-elles formulées en des termes quelques peu imprécis. D'autre part, il serait sans doute réducteur de ramener la légalité pénale à une fonction d'avertissement de l'auteur des faits. Si l'on considère que l'une des fonctions essentielles du principe de légalité est de « légitimer le pouvoir de punir en soumettant son exercice à une prédétermination textuelle des infractions, des peines et de la procédure pénale »²³⁷⁸ ou de limiter l'arbitraire du juge, force est de reconnaître qu'aucun de ces objectifs n'est rempli par l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile²³⁷⁹. Face à l'imprécision totale du texte et à la gravité potentielle de la sanction qui en résulte, il semble presque certain qu'une telle disposition serait déclarée inconstitutionnelle, le texte de l'article 1266-1 étant largement plus imprécis que celui-censuré par le Conseil constitutionnel dans la décision du 23 mars 2017²³⁸⁰. Une application, même minimale, du principe de légalité criminelle exigerait en tout cas qu'elle soit déclarée inconstitutionnelle²³⁸¹.

2 – La compétence pour adopter une sanction pécuniaire civile.

619. La compétence pour édicter des sanctions pénales. En vertu de l'article 34 de la Constitution, « la loi fixe les règles applicables concernant [...] la détermination des crimes et des délits ainsi que les peines qui leur sont applicables

²³⁷⁸ A. Giudicelli, « Le principe de la légalité en droit pénal français », art. préc., n° 1.

²³⁷⁹ Cette remarque s'étend aux dommages et intérêts punitifs que l'article 1371 de l'avant-projet dirigé par Pierre CATALA prévoyait en cas de faute manifestement délibérée, et notamment lucrative.

²³⁸⁰ S. Carval, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », art. préc. ; M.-A. Chardeaux, « L'amende civile », art. préc., I-B ; F. Graziani, « La généralisation de l'amende civile : entre progrès et confusion », art. préc., II-B ; M. Mekki, « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile du 13 mars 2017 : des retouches sans refonte », *GP* 2017/17, p. 12 ; M. Malaurie-Vignal, « Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », art. préc..

²³⁸¹ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 10 ; Th. Gisclard, « La nature des "dommages et intérêts" sanctionnant la contrefaçon. - À propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, *Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c. Stowarzyszenie Filmowców Polskich* », art. préc., n° 8 ; M. Dugué, S. Prétot, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », aff. C-367/15, *art. cit.*. Sur l'amende de l'avant-projet : J. Lagoutte, « La faute dans l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc., n° 15. Voir toutefois : F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 7 ; N. Fourier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc. ; E. Juen, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc., n° 5 et s..

[Elle fixe également les règles relevant de] la procédure pénale ». *A contrario*, c'est, en vertu de la compétence subsidiaire de l'article 37 de la Constitution, le pouvoir réglementaire qui est compétent pour édicter les contraventions. Ces différentes notions étant définies par le Code pénal²³⁸², c'est ici le législateur qui a d'une certaine façon la compétence de sa compétence. Les sanctions pécuniaires civiles ne constituant pas formellement des sanctions pénales, elles échappent à cette répartition. On peut alors s'interroger sur l'autorité compétente pour édicter de telles sanctions.

620. Une différenciation selon le type de sanction pécuniaire civile. La question se présente en réalité de façon différente selon le type de sanction pécuniaire civile considéré. Ainsi, la compétence pour prévoir une astreinte ou une clause pénale semble claire. Concernant la première, si la faculté de prononcer une astreinte est prévue par la loi²³⁸³, c'est au juge que revient la tâche de préciser que sa décision sera assortie d'une telle sanction en cas de non-respect, ainsi que le montant maximum de cette sanction²³⁸⁴. De même, si la possibilité de prévoir une clause pénale était implicitement reconnue à l'article 1226 du Code civil et pourrait désormais être rattaché à l'article 1231-5 du même Code²³⁸⁵, ce sont les parties à un contrat qui doivent convenir d'une telle mesure. La situation des dommages et intérêts punitifs et des amendes civiles semble plus complexe. Ces mesures venant réprimer le non-respect d'une norme sociale de comportement, elles semblent devoir être prévues soit par le législateur, soit par le pouvoir réglementaire.

621. La compétence pour édicter des dommages et intérêts punitifs et des amendes civiles. Ainsi qu'il est très tôt apparu après l'adoption de la Constitution de 1958, toute démarcation matérielle de la compétence législative et réglementaire comporte inévitablement des difficultés²³⁸⁶. La compétence pour prévoir des amendes

²³⁸² Voir : CP, art. 111-2, al. 2, 131-1 et 131-2 définissant les peines criminelles, 131-3 et s. définissant les peines correctionnelles et 131-12 et s. définissant les peines contraventionnelles.

²³⁸³ CPCE, art. L. 131-1.

²³⁸⁴ La prévisibilité de la sanction impose, en cas d'astreinte provisoire, que l'astreinte liquidée ne dépasse pas le montant de l'astreinte provisoire : Com., 2 déc. 2008, n° 07-12.607 ; Civ. 2^{ème}, 11 mai 2006, n° 05-17.402 ; « Le montant de l'astreinte liquidé ne peut être supérieur à celui de l'astreinte ordonnée », D. 2006.1702. Voir plus généralement sur cette question : F. Guerschoun, « astreinte », art. préc., n° 138.

²³⁸⁵ Pour plus de précisions voir *supra* n° 301.

²³⁸⁶ L. Hamon, « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », D. 1960.253, VI.

civiles ou des dommages et intérêts punitifs peut *a priori* répondre à trois logiques différentes²³⁸⁷.

622. Les raisons du rejet d'un rattachement au droit des obligations civiles. À suivre une partie de la doctrine et des projets de réforme, les dommages et intérêts punitifs ainsi que les amendes civiles relèveraient du droit de la responsabilité civile et, par conséquent, du droit des obligations. Cette analyse serait particulièrement justifiée concernant les dommages et intérêts punitifs dans la mesure où le prononcé de ceux-ci aboutit à la création d'une obligation monétaire entre personnes privées.

Trois éléments au moins semblent toutefois s'opposer à une telle lecture.

Tout d'abord, le rattachement des amendes civiles et des dommages et intérêts punitifs à la responsabilité civile, et plus généralement au droit civil, est apparu artificiel²³⁸⁸, celui-ci reposant principalement sur la volonté de l'auteur de la sanction de faire échapper cette dernière à une partie des règles applicables aux sanctions pénales. On peut se demander si la prise en compte d'une qualification reposant principalement sur la volonté de l'auteur de la sanction n'est pas gênante concernant la répartition constitutionnelle des compétences normatives.

Ensuite, le rattachement des amendes civiles et des dommages et intérêts punitifs au droit des obligations risquerait, du point de vue de la détermination de l'autorité compétente, de conduire à des conséquences inattendues. L'article 34 de la Constitution prévoyant que la loi détermine les principes fondamentaux du régime des obligations civiles et commerciales, il faudrait alors en déduire que les éléments principaux du régime de ces sanctions devraient relever de la compétence législative²³⁸⁹, et ce quel que soit le montant de la sanction. Paradoxalement, la compétence législative se révélerait dès lors plus large en matière de sanctions pécuniaires civiles qu'en matière pénale.

²³⁸⁷ À ces trois propositions, on pourrait ajouter la proposition de certains auteurs de permettre au pouvoir réglementaire de définir les comportements sanctionnés de dommages et intérêts punitifs dans la mesure où cette sanction serait moins infamante que la répression pénale (voir par exemple : L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 324). Toutefois, rien dans les articles 34 ou 37 de la Constitution ne permet d'accréditer cette théorie.

²³⁸⁸ Cf Partie I, Titre I.

²³⁸⁹ Sur les difficultés à tracer la limite entre les principes fondamentaux et les règles d'application : L. Hamon, « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », art. préc., VII ; V. Lasserre, « Loi et règlement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2015 (actualisation janv. 2016), n° 67. Il est actuellement considéré que cette distinction ne recouvre en pratique aucune réalité concrète : G. Carcassonne, *La constitution*, Éditions du Seuil, Paris, 10^{ème} éd., 2011, n° 236 ; V. Constantinesco, S. Pierré-Caps, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 4^{ème} éd., 2009, n° 465 ; F. Hamon, M. Troper, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 31^{ème} éd., 2009, n° 789.

Enfin, une telle lecture ne semble pas correspondre à celle que livrent, en droit positif, les juridictions administratives et spécialement le Conseil d'État, juridictions garantes du respect du domaine de compétence législative face aux normes réglementaires²³⁹⁰.

623. Le raisonnement par analogie avec le droit pénal. Dommages et intérêts punitifs et amendes civiles constituant des mécanismes par essence répressifs, il peut être envisagé de raisonner par analogie avec la répartition de compétences qu'opère la Constitution en matière pénale. Cette répartition, telle qu'elle résulte des articles 34 et 37 de la Constitution ainsi que du Code pénal²³⁹¹, conduit à attribuer la compétence pour édicter une peine en fonction de la gravité de celle-ci : au pouvoir législatif la compétence pour définir les comportements réprimés d'une peine privative de liberté ou des peines pécuniaires les plus graves ainsi que le *quantum* de ces peines, au pouvoir réglementaire la compétence concernant les peines pécuniaires les moins graves. En pratique, cette distinction conduirait à reconnaître au pouvoir réglementaire la compétence pour définir les comportements réprimés d'une amende civile, ou de dommages et intérêts punitifs, d'un montant maximal inférieur ou égal à 3 000 euros²³⁹², au pouvoir législatif celle pour les sanctions d'un montant maximal supérieur. Rationnel au regard de la raison d'être de la distinction, protecteur des libertés individuelles, le raisonnement achoppe néanmoins sur une difficulté formelle, tenant à ce que ces sanctions « civiles » ne peuvent être qualifiées ni de crimes, ni de délits²³⁹³. Tel n'est dès lors pas non plus le raisonnement retenu par les juridictions administratives.

624. La jurisprudence du Conseil d'État et de la Cour de cassation. Le Conseil d'État a, dans un arrêt du 24 avril 2019, eu l'occasion de préciser sa position concernant la compétence pour édicter des amendes civiles²³⁹⁴. Il était, en l'espèce,

²³⁹⁰ V. Lasserre, « Loi et règlement », art. préc., n° 72.

²³⁹¹ Cf *supra*, n° 619.

²³⁹² Ce montant correspondant au montant maximal contraventionnel tel que défini par l'article 131-13 alinéa 1^{er} du Code pénal.

²³⁹³ Alors que ces termes précis sont employés par l'article 34 de la Constitution.

²³⁹⁴ Voir déjà : CE, 31 oct. 1980, n° 11629, 11692, 11733, 11739 : « ni l'amende civile prévue par l'article 14 du décret [du 20 janvier 1978] [...] ni les amendes auxquelles le Conseil d'État et les tribunaux administratifs peuvent, en vertu des articles 28 et 29 du même décret, condamner les auteurs de requêtes qu'ils jugent abusives n'ont le caractère d'un impôt ni celui de sanction pénale ; qu'ainsi les requérants ne sont pas fondés à soutenir qu'elles relèveraient de la compétence du législateur en vertu de l'article 34 de la Constitution ».

saisi d'un recours en excès de pouvoir contre le décret du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile²³⁹⁵, dont les articles 2, 7° et 67 portaient diverses amendes de procédure civile, ainsi que celle prévue à l'article L. 3252-9 du Code du travail dont le montant est déterminé à l'article R. 3252-25 du même code, d'un montant de 3 000 à celui de 10 000 euros. Les requérants contestaient notamment l'augmentation du montant de ces amendes civiles²³⁹⁶, cette augmentation ayant pour effet de faire passer le montant maximum de ces amendes d'un seuil qui aurait été, au pénal, contraventionnel, à un montant délictuel. Cette évolution aurait eu pour effet, si les sanctions avaient été pénales, de faire basculer la compétence du pouvoir réglementaire vers celle du pouvoir législatif. Dès lors un raisonnement par analogie avec le droit pénal aurait entraîné la nullité pour excès de pouvoir du règlement. Telle n'est pas la solution à laquelle est parvenu le Conseil d'État. Affirmant que « les amendes mentionnées au point précédent présentent le caractère de mesures de procédure civile » et qu'« Il résulte des articles 34 et 37 de la Constitution que les dispositions relatives à la procédure à suivre devant les juridictions relèvent de la compétence réglementaire dès lors qu'elles ne concernent pas la procédure pénale et qu'elles ne mettent pas en cause les règles ou les principes fondamentaux placés par la Constitution dans le domaine de la loi », le Conseil d'État concluait que le pouvoir réglementaire était compétent pour fixer le montant de ces amendes²³⁹⁷, rejoignant ce faisant la position retenue quelques années plus tôt par la Cour de cassation²³⁹⁸.

625. La détermination de la nature de la sanction en fonction de la nature de la norme sanctionnée. La décision du Conseil d'État est riche d'enseignements. En premier lieu, elle tranche expressément la question de la compétence pour édicter des amendes civiles venant sanctionner des comportements procéduraux abusifs, affirmant, sans ambiguïté et quel que soit le montant de ces amendes, que celles-ci relèvent de la compétence du pouvoir réglementaire. En second lieu, cette décision éclaire sur la logique globale du Conseil d'État dans la détermination du pouvoir compétent pour

²³⁹⁵ Décret n° 2017-892 du 6 mai 2017 portant diverses mesures de modernisation et de simplification de la procédure civile.

²³⁹⁶ CE, 24 avr. 2019, préc., n° 4.

²³⁹⁷ CE, 24 avr. 2019, préc., n° 5.

²³⁹⁸ Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2017, n° 16-19.189 : « Mais attendu que l'amende civile, qui n'a pas le caractère d'une sanction pénale, ne relève pas de la compétence réservée à la loi par l'article 34 de la Constitution ; que, dès lors, la question posée ne présente pas, en ce qui concerne l'illégalité externe alléguée, de caractère sérieux ».

édicter des amendes civiles. En affirmant que les amendes civiles contestées ont le caractère de « mesures de procédure civile », le Conseil d'État semble considérer que l'amende civile épouse la nature de la norme dont le non-respect est sanctionné²³⁹⁹. Ainsi, les différentes amendes civiles dont l'augmentation était contestée dans l'arrêt du 24 avril 2019 venant sanctionner des règles relevant de la procédure civile²⁴⁰⁰ ou des procédures civiles d'exécution²⁴⁰¹, la compétence réglementaire pour les édicter et fixer leur montant maximal, quel que soit ce dernier, pourrait sembler logique.

626. La légitimité du raisonnement. Le raisonnement du Conseil d'État n'est cependant pas à l'abri de toute critique. Dans la mesure où la distinction de l'amende civile et de l'amende pénale en fonction de la nature de la norme sanctionnée apparaît largement artificielle²⁴⁰², la solution retenue par le Conseil d'État semble permettre au pouvoir réglementaire d'étendre sa compétence en matière répressive indépendamment de la logique présidant à la répartition constitutionnelle des compétences en matière pénale, en fonction de la gravité de la sanction.

627. La contradiction avec la position du Conseil constitutionnel. La solution du Conseil d'État peut de plus sembler en contradiction avec la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Dans une décision du 23 septembre 1987²⁴⁰³, le Conseil constitutionnel avait été saisi d'une question concernant l'ancien article L. 69-1 du Code des postes et télécommunication. Cet article réprimait d'une contravention de grande voirie pouvant conduire à une amende d'un montant maximum de 30 000 francs les dégradations portées au réseau souterrain de télécommunication de l'État. Dans sa décision, le Conseil affirmait dans un premier temps que les contraventions de grande voirie « ne sont pas, compte tenu de leur objet et des règles de procédure et de compétence qui leur sont applicables, des contraventions de police »²⁴⁰⁴, soulignant de ce fait que ces contraventions ne sont pas des amendes pénales. En dépit de cette exclusion, le Conseil constitutionnel affirme néanmoins « que le législateur n'en est pas moins compétent pour instituer de telles infractions, en définir les éléments constitutifs

²³⁹⁹ Voir déjà dans le même sens : CE, 5 juill. 1985, préc. ; Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, préc..

²⁴⁰⁰ Articles 32-1, 207, 295, 305, 559, 581, 628, 1180-19 et 1216 du code de procédure civile.

²⁴⁰¹ Articles R. 121-22 et R. 213-8 du Code des procédures civiles d'exécution et R. 3252-25 du Code du travail.

²⁴⁰² Cf *supra*, n° 158 et s..

²⁴⁰³ CC, Décision n° 87-151 L, 23 sept. 1987.

²⁴⁰⁴ CC, Décision n° 87-151 L, préc., considérant n° 4.

aussi bien que pour édicter d'éventuelles causes d'exonération, dès lors que ces infractions, sans perdre leur caractère de contraventions de grande voirie, sont passibles de peines d'amende dont le montant excède celui prévu pour les contraventions de police »²⁴⁰⁵. C'est donc à une transposition de la répartition des compétences applicable en matière pénale que se livre le Conseil constitutionnel. La contradiction entre les solutions des deux juridictions est alors évidente.

628. Proposition. Le statut particulier des sanctions pécuniaires civiles rend particulièrement difficile la détermination de l'autorité compétente pour prévoir de telles sanctions, spécialement lorsque celles-ci viennent sanctionner une norme générale et impersonnelle de comportement. Le rattachement de ces sanctions au droit des obligations ne semble, du point de vue de la répartition constitutionnelle des compétences, ni cohérent, ni opportun. Il faut alors, soit raisonner par analogie avec le droit pénal, et déterminer la compétence pour édicter les sanctions pécuniaires civiles en fonction du montant maximum de la sanction, soit considérer que la sanction épouse la nature de la norme sanctionnée. Ces deux raisonnements sont adoptés respectivement par le Conseil constitutionnel et par le Conseil d'État. La position de la haute juridiction administrative pourrait sembler formellement plus cohérente, les sanctions pécuniaires civiles, et plus spécialement les dommages et intérêts punitifs, ne s'inscrivant textuellement dans aucune des catégories définies à l'article 34 de la Constitution. Un raisonnement par analogie avec les sanctions pénales semble pourtant préférable. Le caractère formel et volontariste de la distinction entre les amendes pénales d'une part et les amendes civiles ou les dommages et intérêts punitifs d'autre part permettrait autrement à l'auteur de la sanction, et spécialement au pouvoir réglementaire, de contourner la répartition constitutionnelle des compétences²⁴⁰⁶.

Section II – Les conséquences du principe de proportionnalité appliqué aux sanctions pécuniaires civiles.

²⁴⁰⁵ CC, Décision n° 87-151 L, préc., considérant n° 5.

²⁴⁰⁶ Étant rappelé que le fait que la Constitution laisse au législateur le soin de définir les crimes et les délits fait du pouvoir législatif, et non du pouvoir réglementaire, le maître de la répartition des compétences en matière répressive.

629. Les composantes du principe de proportionnalité. Selon une présentation désormais classique, la proportionnalité se divise en plusieurs composantes, dont la nécessité et la proportionnalité *stricto sensu*²⁴⁰⁷. Le contrôle de proportionnalité, dont les modalités et l'importance ont été renouvelées au cours des dernières années²⁴⁰⁸, trouve en droit pénal un écho particulier.

Dans un État soucieux de la protection des libertés individuelles, une incrimination ne semble légitime que si elle est absolument nécessaire. Si tel est bien le cas, encore faut-il que la sanction assortissant la méconnaissance de l'interdiction soit proportionnée à la gravité du manquement²⁴⁰⁹. Tels sont les deux aspects du principe de proportionnalité en droit pénal : nécessité des incriminations (§I), parfois appelé principe de subsidiarité²⁴¹⁰, et proportionnalité des peines à la gravité du comportement réprimé (§II).

630. Propos préliminaire : la rétroactivité *in mitius*. Une question semble cependant susceptible de se rattacher tant à la nécessité des incriminations qu'à la proportionnalité des peines²⁴¹¹ et mérite ainsi d'être envisagée à titre liminaire : celle de la rétroactivité *in mitius*²⁴¹². En vertu de cette règle, si la loi répressive est abrogée entre la commission des faits et le jugement, ou si une loi pénale moins sévère est adoptée durant cet intervalle, la loi pénale ancienne ne trouvera pas à s'appliquer²⁴¹³. Ce principe n'avait originellement qu'une simple valeur législative, étant rattaché à l'article 2 du Code civil²⁴¹⁴. Il fut toutefois consacré par le Conseil constitutionnel²⁴¹⁵,

²⁴⁰⁷ J. Pradel, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », art. préc., n° 1.

²⁴⁰⁸ Voir en particulier, sur le développement du contrôle de proportionnalité *in concreto* : Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066, M. Lamarche, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G*, 2014, 93 ; J.-R. Binet, « Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Dr fam.* 2014, comm. 1 ; Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201, J. Hauser, « Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *JCP G* 2017, 166 ; J.-R. Binet, « Nullité d'un mariage incestueux et droit à la vie privée et familiale », *Dr fam.* 2017, comm. 24 ; Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100, A.-M. Leroyer, « La tierce opposition au prisme du contrôle de proportionnalité », *RTD civ.* 2019.564 ; P. de Salvage-Gerest, « Tierce opposition des enfants de l'adoptant à l'adoption simple des majeures », *AJ fam.* 2019.404.

²⁴⁰⁹ BECCARIA préconisait ainsi « que les peines doivent être proportionnées aux délits » (C. Beccaria, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, chap. XXIII).

²⁴¹⁰ M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, n° 437.

²⁴¹¹ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 251.

²⁴¹² La question de savoir s'il s'agit vraiment d'une rétroactivité *in mitius* ou d'une application immédiate de la loi pénale plus douce renvoie à la question précédemment évoquée (*supra* n° 630) de savoir si l'application d'une loi pénale entrée en vigueur entre la commission des faits et le jugement est rétroactive ou d'application immédiate. Voir notamment : M. Brenaut, « De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu », art. préc., n° 21. Voir également N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 239 et s..

²⁴¹³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1802.

²⁴¹⁴ Voir désormais : CP, art. 112-1, al. 3. Voir également CP, art. 112-4.

²⁴¹⁵ Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, voir : CEDH, *Scoppola c. Italie* (n° 2), 17 sept. 2009, n° 10249/03, § 106 et 107 : « un consensus s'est progressivement formé aux niveaux européen et international

lequel le rattacha au principe de proportionnalité²⁴¹⁶. Explicitant ce rattachement, le Conseil constitutionnel affirme que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires »²⁴¹⁷. La solidité théorique d'une telle présentation a pu être questionnée²⁴¹⁸. Elle débouche toutefois sur une solution pratique certaine dans son principe, quoique potentiellement complexe à mettre en œuvre dès lors que la modification de la loi répressive n'est pas purement plus sévère ou moins sévère²⁴¹⁹.

Lors de la consécration de la valeur constitutionnelle du principe de rétroactivité *in mitius*, certains auteurs ont soutenu que celui-ci ne trouvait à s'appliquer qu'en droit pénal *stricto sensu*²⁴²⁰. Rien cependant dans la position du Conseil constitutionnel, non plus que rationnellement, ne semble justifier une telle solution, si bien qu'il faut sans doute conclure que le principe s'applique à l'ensemble des sanctions ayant le caractère d'une punition, et notamment aux sanctions pécuniaires civiles²⁴²¹.

pour considérer que l'application de la loi pénale prévoyant une peine plus douce, même postérieure à la commission de l'infraction, est devenue un principe fondamental du droit pénal. [...] Certes, l'article 7 de la Convention ne mentionne pas expressément l'obligation, pour les États contractants, de faire bénéficier le prévenu d'un changement de législation intervenu après la commission de l'infraction. [...] Cependant, compte tenu des développements mentionnés ci-dessus, la Cour ne saurait considérer cet argument comme déterminant. Au demeurant, elle observe qu'en interdisant d'infliger une "peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise", le paragraphe 1 *in fine* de l'article 7 n'exclut pas qu'une peine plus légère, prévue par une législation postérieure à l'infraction, puisse bénéficier à l'accusé ». Voir également CJCE, *S. Berlusconi*, 3 mai 2005, aff. C-387/02, § 69.

²⁴¹⁶ CC, Décision n° 80-127 DC, préc., considérant n° 75 : « Considérant que ces dispositions tendent à limiter les effets de la règle selon laquelle la loi pénale nouvelle doit, lorsqu'elle prononce des peines moins sévères que la loi ancienne, s'appliquer aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée ; que, dès lors, elles doivent être regardées comme contraires au principe formulé par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 selon lequel : La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». G. Mathieu, « L'application de la loi pénale dans le temps », *RSC* 1995.257. Voir également : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 49§1 et Pacte international relatif aux droits civils et politiques, art. 15§1.

²⁴¹⁷ *Ibid.*. Voir par exemple : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 498.

²⁴¹⁸ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 244 à 247 ; G. Mathieu, « L'application de la loi pénale dans le temps », art. préc. : « La rétroactivité *in mitius* [...] est sans aucun doute une solution d'équité, par opposition à une pure déduction juridique ». L'auteur mentionne également des critiques fondamentales à l'égard du principe. *Contra* : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1802.

²⁴¹⁹ N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 249.

²⁴²⁰ A. Dekeuwer, « Note sous décision n° 80-127 DC », *D.* 1982.441.

²⁴²¹ M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc.. Le rejet du principe en matière civile par la Cour de cassation (Voir notamment : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 499) concernait la validité de conventions et non l'applicabilité de mécanisme principalement répressifs. Voir en matière de sanctions administratives : E. Mignon, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », art. préc. ; P.-L. Frier, J. Petit, *Droit administratif, LGDJ*, coll. « Précis Domat », Paris, 2019, n° 622. Voir cependant, sur une atténuation de la position constitutionnelle en matière de répression économique : CC, Décision n° 2010-74 QPC, 3 déc. 2010. Une telle solution ne se retrouve cependant pas au niveau européen : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1806. Si on reconnaît l'application de ce principe en matière d'amendes civiles, il conviendrait alors de refuser la proposition de certains auteurs selon laquelle la loi de ratification de

§I – Une application marginale du principe de nécessité des incriminations.

631. Renvoyant à un choix dont la dimension politique est extrêmement importante, l'application par les juges du principe de nécessité des incriminations ne saurait qu'être marginal, sauf à basculer dans un système de gouvernement des juges et rogner drastiquement le pouvoir reconnu au législateur. Variable même en droit pénal (A), l'application du principe de nécessité aux sanctions pécuniaires civiles est incertaine (B).

A – Une application variable en droit pénal.

632. Une consécration inégale mais certaine. Les mesures pénales étant par nature attentatoires aux libertés individuelles, le recours à celles-ci n'est légitime que s'il paraît absolument nécessaire : dès lors, en effet, que les incriminations pénales constituent sans doute la forme la plus prononcée des atteintes que le droit porte aux libertés individuelles²⁴²², la légitimité du recours qui y est fait semble imposer qu'aucune solution plus douce ne soit satisfaisante, sauf à délaissier la protection des seules valeurs essentielles pour la société et devenir oppressif²⁴²³. Bien que le principe semble clair et reçoive une certaine consécration dans les différentes déclarations de droits supralégislatives, sa mise en œuvre demeure contrastée. L'appréciation de valeurs sociales justifiant la mise en place d'incriminations pénales ne faisant, sauf pour les plus classiques d'entre elles, pas l'objet d'un consensus ou d'une systématisation véritablement convaincante, les différents organes chargés de faire respecter les déclarations des droits de l'Homme peuvent sembler peu légitimes à substituer leurs appréciations à celle des représentants de la Nation. Il n'en reste pas moins qu'« Il est évident que le défaut de nécessité peut se manifester autrement que

l'ordonnance n° 2019-359 du 24 avril 2019 devrait prévoir une disposition permettant la mise à l'écart de la rétroactivité *in mitius* de l'encadrement du délai pour rompre brutalement une relation commerciale établie : L. Vogel, J. Vogel, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », art. préc., n° 2.2.1.2.

²⁴²² J. Carbonnier, « L'hypothèse du non droit », in *Flexible Droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, coll. Anthologie du Droit », p. 25 et s., spéc. p. 39 et s..

²⁴²³ Ph. Conte, P. Maistre du Chambon, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 57.

par un excès flagrant dans le montant ou dans la durée de la peine et aller jusqu'à remettre en cause le principe même d'une sanction pénale »²⁴²⁴, si bien que tant le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme que la Cour de justice de l'Union européenne contrôlent, chacun à leur façon et dans une mesure variable, la nécessité des incriminations.

633. Une consécration prudente par le Conseil constitutionnel. Sur le plan constitutionnel, deux articles de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen peuvent fonder un principe de nécessité des incriminations. D'une part, l'article 5 prévoit notamment que « La loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». D'autre part, l'article 8 prévoit, notamment, que « La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». De ces deux textes, seul le second a véritablement été utilisé par le Conseil constitutionnel pour fonder ses décisions en matière de proportionnalité des délits et des peines, sans doute parce que le Conseil s'est surtout intéressé à la proportionnalité des peines par rapport au comportement réprimé²⁴²⁵. À l'inverse, la nécessité des incriminations, parce qu'elle touche à un des principaux aspects de la souveraineté du parlement et suppose un contrôle trop politique de la hiérarchie de valeurs sociales, est largement restée lettre morte²⁴²⁶. Dans une décision remarquable, le Conseil constitutionnel avait pourtant considéré que l'inclusion de l'infraction d'aide directe ou indirecte à des personnes en situation irrégulière à l'article 421-1 du Code pénal au sein des infractions susceptibles d'être aggravées par un dessein terroriste, ne respectait pas le principe de nécessité des délits et des peines²⁴²⁷. Cette décision semblait toutefois s'expliquer, au moins en partie, par le fait que les comportements ainsi incriminés étaient déjà susceptibles d'être réprimés sur un autre fondement²⁴²⁸. De façon plus nette, le Conseil avait invalidé une disposition

²⁴²⁴ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 21.

²⁴²⁵ Cf *infra*, n° 642.

²⁴²⁶ P. Castéra, « Le principe de nécessité de la loi, le point de vue du constitutionnaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », 2013, Paris, actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCLE et l'ISCJ, p. 37 et s., spéc. p. 40 et s. ; J.-H. Robert, « Le principe de nécessité de la loi, le point de vue du pénaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, op. cit., p. 49 et s., spéc. p. 53 ; J. Pradel, « Du principe de proportionnalité en droit pénal », art. préc., n° 18.

²⁴²⁷ CC, Décision n° 96-377 DC, préc., considérant n° 8.

²⁴²⁸ J.-H. Robert, « Le principe de nécessité de la loi, le point de vue du pénaliste », art. préc. ; D. Allix, « De la proportionnalité des peines », in *Mélanges J.-C. Soyfer. L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p. 1 et s., spéc. p. 5. Voir plus récemment, en matière de consultation habituelle de sites terroristes : CC, Décision n° 2017-682 QPC, 15 déc. 2017, considérant n° 13 : « Dès lors, au regard de l'exigence de nécessité de l'atteinte portée à la liberté de communication, les autorités administrative et judiciaire disposent, indépendamment de l'article contesté, de nombreuses

incriminant la revente sans autorisation de billets d'accès à des manifestations culturelles, sportives ou commerciales pour non-respect du principe de nécessité des délits et des peines²⁴²⁹. La censure était cette fois motivée par l'inadéquation du périmètre de l'infraction aux finalités poursuivies par le législateur²⁴³⁰. Reste que les difficultés à déterminer la valeur sociale protégée par certaines infractions et l'importance de ces valeurs d'une part, et le manque de légitimité du Conseil constitutionnel pour substituer son appréciation à celle du législateur sur ces points d'autre part, conduisent à rendre extrêmement rares les décisions de censure fondées sur le principe de nécessité des délits^{2431 2432}.

634. Une consécration ponctuelle par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne. Concernant la Cour européenne des droits de l'homme, et bien que la proportionnalité soit omniprésente dans l'application de la Convention²⁴³³, aucun article de cette dernière ne prévoit expressément un principe de nécessité ou de proportionnalité en matière pénale²⁴³⁴. La Cour accepte toutefois de contrôler que les dispositions pénales qu'édictent les États

prérogatives, non seulement pour contrôler les services de communication au public en ligne provoquant au terrorisme ou en faisant l'apologie et réprimer leurs auteurs, mais aussi pour surveiller une personne consultant ces services et pour l'interpeller et la sanctionner lorsque cette consultation s'accompagne d'un comportement révélant une intention terroriste, avant même que ce projet soit entré dans sa phase d'exécution ». P. Beauvais, « L'infraction terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018.75. L'auteur explique en partie cette décision par la tentation accrue en période de crises de porter atteinte à certaines libertés individuelles.

²⁴²⁹ CC, Décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011, considérant n° 43, L. Baghestani, « Principe de nécessité des peines et des sanctions », *LPA* 2012/152, p. 28 ; Ch. Lazerges, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC* 2011.728 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1245.

²⁴³⁰ F. Rousseau, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015.257.

²⁴³¹ R. Koering-Joulin, J.-F. Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998.106. On peut également évoquer les censures par le Conseil constitutionnel de dispositions limitant des faits justificatifs en matière d'infractions venant restreindre la liberté d'expression, qui aboutissent en creux à considérer que la répression n'était pas nécessaire (F. Rousseau, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », art. préc.). Cette lecture est cependant incertaine : la censure prononcée par le Conseil ne l'était dans ses affaires ni sur le fondement de l'article 5 ni sur celui de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, mais sur le fondement de l'article 11 et de l'atteinte disproportionnée que cette exception portait à la liberté d'expression. C'est donc en raison de l'atteinte à une liberté constitutionnelle spécifique que la censure des dispositions contestées a été prononcée (CC, Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, considérant n° 6, F. Fourment, « Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : quand l'arbre de la Constitution française ne cache plus la forêt de la Convention européenne », *GP* 2011/167, p. 12 ; Y. Mayaud, « L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans », *RSC* 2011.401 ; CC, Décision n° 2013-319 QPC, 7 juin 2013, considérant n° 9, Ph. Conte, « Loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; exceptio veritatis : abrogation par le Conseil constitutionnel du c) de l'article 35 », *RPDP* 2013.648 ; J. Francillon, « Preuve de la vérité de faits diffamatoires effacés par amnistie, prescription, réhabilitation ou révision (QPC) », *RSC* 2013.574.

²⁴³² Sur les validations constitutionnelles pour respect du principe de nécessité : J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 232, 3°.

²⁴³³ Voir déjà : P. Muzny, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.

²⁴³⁴ On peut cependant mentionner une recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe (Comité des ministres du Conseil de l'Europe, *Recommandation n° R (92) 17*, 19 oct. 1992) qui prévoyait, en annexe, qu'en matière de prononcé des peines « Quels que soient les principes de base énoncés, il conviendrait d'éviter une disproportion entre la gravité de l'infraction et la peine ». Cette affirmation ne semble toutefois concerner que la question de la proportionnalité des peines, qui plus est des peines prononcées. *Cf infra*, n° 654.

membres ne portent pas une atteinte disproportionnée aux différents droits reconnus par la Convention²⁴³⁵. Quant à la consécration d'un principe de nécessité des incriminations, le simple recours à une sanction pénale peut, en de rares occasions, sembler être en lui-même constitutif d'une telle atteinte disproportionnée. Tel est par exemple le cas de l'arrêt Dupuis et autres contre France²⁴³⁶. Bien que la Cour prenne le soin de rappeler que « La nature et la lourdeur des peines infligées sont aussi des éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence »²⁴³⁷, ce qui pourrait donner l'impression qu'elle se livre plutôt à un contrôle de la proportionnalité de la peine, elle affirme également « qu'il convient d'apprécier avec la plus grande prudence, dans une société démocratique, la nécessité de punir pour recel de violation de secret de l'instruction ou de secret professionnel des journalistes »²⁴³⁸ et souligne que, en l'espèce, l'amende était « relativement modérée »²⁴³⁹, concluant néanmoins à la violation de la Convention. De façon plus nette, dans certaines affaires, les prohibitions résultant d'incriminations furent en elles-mêmes jugées contraires à la Convention car elles ne constituaient pas des atteintes nécessaires aux droits protégés par la Convention « dans une société démocratique »²⁴⁴⁰, ne répondant pas à un « besoin social impérieux »²⁴⁴¹, aboutissant

²⁴³⁵ R. Koering-Joulin, J.-F. Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », art. préc. : « C'est aussi à un contrôle de proportionnalité que se livrent les Hautes Juridictions (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation, Cour européenne des droits de l'homme et Cour de justice des Communautés européennes) lorsqu'elles apprécient, par exemple, s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme, la nécessité d'une ingérence étatique dans l'exercice d'un droit, eu égard au but légitime poursuivi par l'État défendeur ». Voir plus précisément *infra*, n° 645.

²⁴³⁶ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, 7 juin 2007, n° 1914/02.

²⁴³⁷ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., §° 47.

²⁴³⁸ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., §° 46.

²⁴³⁹ CEDH, *Dupuis et autres c. France*, préc., §° 48.

²⁴⁴⁰ Voir notamment, sur le terrain de la liberté d'expression : CEDH, *Du Roy et Malaurie c. France*, 3 oct. 2000, n° 34000/96, § 35 à 37 ; J.-H. Robert, « Abrogation judiciaire d'une loi », *Dr. pén.* 2001, comm. 91 et « Le carcan aux lois », *Dr. pén.* 2001, 100006 ; J. Francillon, « Publications interdites d'actes d'une procédure pénale ou d'informations relatives à une constitution de partie civile. Limites du principe de la liberté d'expression. Responsabilité pénale du directeur de publication et du journaliste », *RSC* 2001.176. Voir pour une position critique : J. Pradel, « Liberté d'expression, liberté de publication et droit communautaire », *D.* 2001.515. CEDH, *Colombani et al. c. France*, 25 juin, n° 51279/99, §° 69 : « La Cour constate donc que le délit d'offense tend à porter atteinte à la liberté d'expression et ne répond à aucun "besoin social impérieux" susceptible de justifier cette restriction ». Dans l'arrêt *Dupuis et autres c. France*, la Cour expose de façon particulièrement claire les différentes conditions que doivent respecter les atteintes aux droits reconnus par la Convention pour être reconnues légitimes : elles doivent être prévues par la loi, répondre à un but légitime et être « nécessaire[s] dans une société démocratique » (Voir également CEDH, *Gough c. RU*, 28 oct. 2014, n° 49327/11, § 152). Sur ces éléments voir par exemple : F. Sudre, « Fasc. 6500 : Convention européenne des droits de l'Homme : caractères généraux », *J.-Cl. Europe Traité*, LexisNexis, févr. 2016, n° 47 et s. ; M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, *op. cit.*, n° 440. Cependant, sur ces conditions, la première est d'ordre formel et renvoie davantage au principe de légalité. Quant à la seconde, sa compréhension par la Cour européenne fait qu'elle sera systématiquement remplie en présence d'une incrimination pénale si bien que c'est purement sur le troisième critère que semble se faire l'appréciation par la Cour de la nécessité des incriminations. Voir par exemple : J.-C. Soyer, « La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'Homme », in *J. Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997, n° 37 et 38.

²⁴⁴¹ J.-F. Renucci, « L'interdiction faite aux journalistes de faire état des plaintes avec constitution de partie civile est contraire à la liberté d'information », *D.* 2001.1064.

ce faisant à de véritables interdictions d'incriminer²⁴⁴². En dépit de ces condamnations occasionnelles, la consécration du principe de subsidiarité du droit pénal au niveau de la Convention européenne des droits de l'Homme demeure largement évanescence : limitée aux droits protégés par la Convention et analysé *in concreto* dans chaque affaire, son application par la Cour européenne des droits de l'homme est totalement empreinte de casuistique et est, ce faisant, largement imprévisible²⁴⁴³. À cela s'ajoute le fait que la Cour, bien que de façon variable²⁴⁴⁴, laisse une large marge d'appréciation aux États pour décider quels comportements méritent d'être pénalement réprimés²⁴⁴⁵, rendant les cas de condamnation en raison même du recours au droit pénal peu nombreux.

635. La position de la Cour de justice de l'Union européenne semble, sur ce point, sensiblement proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Alors que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoit expressément un principe de proportionnalité des peines²⁴⁴⁶, tel n'est pas le cas de la nécessité des incriminations, les États membres étant par principe maîtres de la détermination des incriminations²⁴⁴⁷. À l'image de la Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice de l'Union européenne se contente dès lors de condamner les incriminations qui constitueraient des atteintes non nécessaires, au sens de l'article 52 § 1 de la Charte

²⁴⁴² X. Pin, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », art. préc., n° 3. L'auteur prend pour exemple l'arrêt *Dudgeon c. RU* du 22 octobre 1981 dans laquelle la Cour avait estimé que les États ne pouvaient imposer de norme ou de répression à l'orientation sexuelle. Ce n'est cependant pas la seule incrimination ou répression pénale qui est visée mais l'ensemble des méthodes normatives étatiques. Inversement, l'auteur identifie des obligations d'incriminer, lorsque les sanctions existantes sont impropres à protéger les droits garantis par la Convention, comme par exemple en matière d'esclavage domestique ou de violences conjugales (CEDH, *Siliadin c. France*, 26 juill. 2005, n° 73316/01 ; CEDH, *A. c. Croatie*, 14 oct. 2010, n° 55164/08). Certains auteurs ont vu dans la décision *Dalinenkov c. Russie* (CEDH, *Dalinenkov c. Russie*, 30 juill. 2009, n° 67336/01, spéc. § 134), l'affirmation par la Cour de la subsidiarité de la voie pénale par rapport à la voie civile (M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, op. cit., n° 440, note n° 1612). Cette analyse semble néanmoins contestable. En effet, dans cette affaire, la Cour ne faisait que souligner que l'action civile semblait plus adaptée pour permettre aux requérants de lutter contre les pratiques discriminatoires dont ils avaient fait l'objet et décidait en conséquent qu'en limitant les possibilités d'actions au pénal, la Russie n'avait pas mis en place une protection suffisante dans le cadre d'une lutte contre la discrimination. Il paraît dès lors difficile de déduire de cette affaire un principe de subsidiarité du droit pénal par rapport au droit civil ou administratif.

²⁴⁴³ F. Rousseau, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », art. préc. ; J. Pradel, « Liberté d'expression, liberté de publication et droit communautaire », art. préc..

²⁴⁴⁴ M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, op. cit., n° 441.

²⁴⁴⁵ F. Sudre, « Convention européenne des droits de l'Homme : caractères généraux », art. préc., n° 49 et s. ; D. Szymczak, « Convention européenne des droits de l'Homme : application interne », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2017, n° 73 et 74.

²⁴⁴⁶ Art. 49 § 3. Pour plus de précisions, cf *infra*, n° 644.

²⁴⁴⁷ A. Huet, « Droit pénal », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2010 (actualisation juin 2019), n° 107. Cependant, en vertu de l'article 83 § 1 du TUE, « Le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de directives [...] peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans des domaines de criminalité particulièrement grave revêtant une dimension transfrontière [...] ». Voir notamment : X. Pin, « Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », art. préc., n° 4.

des droits fondamentaux, aux droits et libertés reconnus par celle-ci. Outre que de telles limitations ne peuvent porter que sur certains droits²⁴⁴⁸, elles doivent « respecter le contenu essentiel du droit fondamental »²⁴⁴⁹, être prévues par la loi²⁴⁵⁰, répondre à des objectifs d'intérêt général²⁴⁵¹ et enfin respecter le principe de proportionnalité²⁴⁵², impliquant notamment que l'atteinte soit nécessaire²⁴⁵³. Ces règles ne sont, là encore, pas spécifiques aux incriminations pénales. Néanmoins, dans la mesure où de telles incriminations constituent des atteintes particulièrement évidentes aux droits et libertés, la question de la limitation des droits reconnus par la Charte par le jeu de dispositions pénales se pose, de la même façon que pour la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, avec une acuité certaine. Concernant la nécessité de l'atteinte à un droit fondamental, la Cour de justice de l'Union européenne adopte un critère proche de la nécessité « dans une société démocratique »²⁴⁵⁴, expression qu'elle emploie parfois expressément²⁴⁵⁵. À ce titre, et bien que la jurisprudence de la Cour de justice ne se plie pas toujours aux tentatives de conceptualisation²⁴⁵⁶, les juges de Luxembourg paraissent exiger que le législateur national recoure aux mesures les moins restrictives lorsqu'il porte atteinte aux libertés garanties par le droit de l'Union²⁴⁵⁷. Bien que les hypothèses soient peu nombreuses, un tel raisonnement est de nature à justifier une condamnation d'un État membre²⁴⁵⁸ en cas de recours à une incrimination pénale jugée non nécessaire dans le champ d'un des droits reconnus par le droit de l'Union.

²⁴⁴⁸ S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., n° 4. Sur l'intensité variable du contrôle en fonction des droits considérés : art. préc., n° 41 et s..

²⁴⁴⁹ S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », art. préc., n° 6 à 16.
²⁴⁵⁰ S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », art. préc., n° 17 à 27.

²⁴⁵¹ S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », art. préc., n° 28 à 30.

²⁴⁵² S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », art. préc., n° 31 et s..

²⁴⁵³ Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 52-1 § 1 : « Dans le respect du principe de proportionnalité, des limitations ne peuvent être apportées que si elles sont nécessaires ... ». La Cour de justice raisonne d'une façon similaire lorsqu'une interdiction nationale peut neutraliser une liberté reconnue par les traités de l'Union européenne : A. Huet, « Droit pénal », art. préc., n° 102.

²⁴⁵⁴ Cf. *supra*, n° 634.

²⁴⁵⁵ CJUE, *Volker et Scheke*, 9 nov. 2010, aff. C-92/09 et C-93/09, § 79.

²⁴⁵⁶ S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », art. préc., n° 34.

²⁴⁵⁷ D. Allix, « De la proportionnalité des peines », art. préc., p. 6. Voir par exemple : CJCE, *Commission c. Pologne*, 5 juin 2008, aff. C-170/07 ; CJUE, *Digital Right Ireland c. Minister for Communications*, 8 avr. 2014, C-203/15 et C-698/15, § 65. Selon une synthèse des éléments pris en compte dans le cadre de l'analyse de la proportionnalité de l'atteinte, la mesure doit être apte à poursuivre l'objectif justifiant l'atteinte au droit et être nécessaire à la poursuite de cet objectif. Voir Conclusions de l'avocat général Saugmandsgaardøe présentées le 19 juillet 2016 dans l'affaire CJUE, 21 déc. 2016, *Tele2 Sverige AB*, aff. C-203/15 et C-698/15, § 176 et 185, cité par S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », art. préc., n° 32.

²⁴⁵⁸ Ou de l'autorité normative européenne.

636. Conclusion. Ces développements appellent plusieurs remarques. Parmi les organes en mesure d'imposer au législateur français le respect de déclarations de droits, seul le Conseil constitutionnel semble reconnaître un principe « autonome » de nécessité des incriminations, indépendamment de l'atteinte que l'incrimination en cause pourrait porter à un droit fondamental particulier. En l'absence d'une telle atteinte, le contrôle de la nécessité des incriminations conduit le Conseil constitutionnel à s'ériger de façon générale en juge de l'importance des valeurs sociales. La difficulté à porter une telle appréciation ainsi que le manque de légitimité du Conseil pour substituer son appréciation à celle du législateur sur ce point explique l'extrême prudence avec laquelle le Conseil constitutionnel met en œuvre ce contrôle. À côté de cette manifestation « directe » du contrôle de nécessité des incriminations se trouve un contrôle « médiat ». C'est alors non plus la nécessité d'une incrimination au regard de l'importance de la valeur qu'elle entend protéger qui est considérée, mais la nécessité de la limitation qu'apporte l'incrimination à un droit fondamental spécifique. Un tel contrôle semble davantage correspondre au fonctionnement habituel des organes chargés de faire respecter les différentes déclarations de droit supralégislatives : dès lors que les États sont autorisés à porter certaines atteintes aux droits reconnus dans ces déclarations, il peut sembler légitime pour l'organe chargé d'en contrôler le respect d'apprécier si une telle atteinte est nécessaire à la préservation des intérêts justifiant l'atteinte. Dans le cadre d'un tel contrôle, le recours même au droit pénal peut être condamné. Il ne s'agit toutefois alors plus réellement d'un contrôle spécifique de la nécessité des incriminations mais d'une manifestation particulièrement importante du contrôle de la nécessité des atteintes portées aux droits fondamentaux.

B – Une application incertaine aux sanctions pécuniaires civiles.

637. Le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne admettent chacun que les principes applicables au droit pénal sont transposables. Par conséquent, il ne semble pas *a priori* falloir distinguer quant au principe de nécessité des incriminations entre sanction pénale et sanction pécuniaire civile. Dans un cas comme dans l'autre, le fait d'infliger un mal à un individu en réponse au non-respect par celui-ci de certaines règles

juridiques ne semble légitime que dans les cas où cette inflexion est strictement nécessaire²⁴⁵⁹.

638. L'absence d'incidence de la qualification civile au regard des jurisprudences européennes. L'indifférence de la qualification pénale ou civile au regard du principe de nécessité des incriminations semble particulièrement valable concernant les juridictions européennes dans la mesure où c'est le principe même de l'interdiction que véhicule une incrimination pénale ou le fait qu'une interdiction limitant un droit ou une liberté soit assortie d'une mesure répressive et soit de ce fait particulièrement dissuasif pour le justiciable qui semble, à la lecture des arrêts des juridictions de Strasbourg et de Luxembourg, généralement avoir motivé les condamnations. Le fait que la mesure répressive qui assortit le non-respect de la norme primaire de comportement ne soit pas qualifiée de pénale ne paraît de ce point de vue pas devoir conduire à retenir une solution différente²⁴⁶⁰. En effet, l'atténuation des principes pénaux qu'admettent la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne²⁴⁶¹ ne devraient pas trouver à s'appliquer à cette hypothèse dans la mesure où il ne s'agit pas alors de l'application de principes propres au droit pénal mais de la mise en œuvre plus générale d'un contrôle des atteintes portées à l'un des droits reconnus par la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

639. Une application attendue au plan constitutionnel. L'application du principe général de nécessité des délits consacré par le Conseil constitutionnel aux sanctions pécuniaires civiles semble plus délicate. À notre connaissance, bien que le Conseil constitutionnel ait affirmé l'application du principe de nécessité des peines à l'ensemble des sanctions ayant le caractère de punition, il n'a jamais fait expressément mention du principe de nécessité des délits²⁴⁶². Aucune raison ne semble pourtant

²⁴⁵⁹ *Contra* : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 232.

²⁴⁶⁰ Certes la Cour de justice de l'Union européenne considère parfois que certains types de sanctions spécifiques, notamment les expulsions ou les mesures privatives de libertés, doivent être prohibées (A. Huet, « Droit pénal », art. préc.). Cette question intéresse cependant la nécessité et la proportionnalité des peines et non des incriminations.

²⁴⁶¹ *Cf supra*, n° 570.

²⁴⁶² Voir notamment : CC, Décision n° 88-248, préc., considérant n° 35. Dans une décision du 11 juillet 2014 (CC, Décision n° 2014-408 QPC, préc., considérant n° 5), le Conseil avait plus généralement affirmé que l'ensemble

devoir *a priori* conduire à écarter le principe de nécessité des « incriminations » à l'égard des amendes civiles ou des dommages et intérêts punitifs qui seraient qualifiés de sanctions ayant le caractère d'une punition²⁴⁶³. Deux séries de remarques semblent cependant nécessaires.

D'une part, certains éléments semblent de nature à limiter les incidences du principe de nécessité des incriminations lorsqu'il s'applique aux sanctions pécuniaires civiles. L'admission d'une atténuation des principes pénaux appliqués hors du droit pénal va dans ce sens. Cette atténuation du principe de nécessité des « incriminations » semblerait d'autant plus légitime si une répartition cohérente des domaines dans lesquels les sanctions pénales et les sanctions pécuniaires civiles sont appelées à jouer était mise en œuvre²⁴⁶⁴. En ce cas, en effet, les sanctions pécuniaires civiles seraient alors appelées à intervenir dans des hypothèses où une répression pénale « classique » serait jugée excessive. On peut cependant penser qu'une telle distinction relève de choix trop politiques pour faire l'objet d'une mise en œuvre par le Conseil constitutionnel. Il semble préférable que celui-ci se cantonne à s'assurer que le législateur n'édicte pas des « incriminations » dénuées de toute nécessité et laisse à ce dernier le soin d'établir une hiérarchie entre les différents comportements ainsi prohibés débouchant sur la mise en œuvre de sanctions distinctes²⁴⁶⁵.

D'autre part, dans l'hypothèse, certes peu probable dans un futur proche, où une redéfinition du champ d'intervention du droit pénal autour des valeurs sociales jugées véritablement fondamentales serait opérée, les sanctions pécuniaires civiles qui seraient appelées à occuper une partie du domaine laissé vacant seraient sans doute davantage susceptibles de faire l'objet d'une censure en raison du non-respect du principe de nécessité des incriminations. En effet, ces sanctions interviendraient alors, par hypothèse, dans des cas où le recours au droit pénal serait jugé excessif.

des principes énoncés dans l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen s'appliquait aux sanctions ayant le caractère d'une punition. Cependant le principe de nécessité des incriminations semble davantage se rattacher à l'article 5 si bien qu'en l'absence d'une motivation plus précise, il semble hasardeux de tirer des conséquences de cette décision sur le plan du principe de nécessité des incriminations.

²⁴⁶³ À l'égard des clauses pénales ou des astreintes, la situation paraît différente. Concernant les secondes, un recours dirigé contre la décision pourrait donner lieu à l'invalidation d'une astreinte jugée non nécessaire. Néanmoins il s'agit alors d'une simple application de l'effet dévolutif de l'appel et non d'une application du principe de nécessité des « incriminations ». Concernant les clauses pénales, si les juges peuvent réduire, en cas d'excès manifeste, la clause au montant du dommage effectivement subi, ils ne peuvent, dans les cas où le recours aux clauses pénales est admis, invalider le recours même à une clause pénale.

²⁴⁶⁴ Cf *supra*, n° 348.

²⁴⁶⁵ Une telle conception se justifie particulièrement si on considère que la distinction entre sanction pénale et sanction pécuniaire civile ne repose pas sur une différence de nature entre ces mécanismes.

Quelle que soit la position que le Conseil constitutionnel retiendra à l'avenir, il est probable que le principe de nécessité des incriminations dans sa forme autonome soit appelé à jouer un rôle marginal dans l'encadrement des sanctions pécuniaires²⁴⁶⁶. Sauf à ce que le Conseil ne modifie radicalement sa position, les cas dans lesquels il acceptera de considérer que la Déclaration des droits de l'Homme interdit au législateur de décider qu'un comportement ou une abstention doit faire l'objet d'une mesure répressive indépendamment du contenu de la mesure en question seront extrêmement rares. Le contrôle de la proportionnalité des peines, aux différents stades auxquels celui-ci est susceptible de s'appliquer, est davantage propice à l'encadrement du recours aux sanctions pécuniaires civiles.

§II – Une application contrastée du principe de proportionnalité des peines aux sanctions pécuniaires civiles.

640. Une fois que la nécessité de recourir au droit pénal, et plus généralement à une mesure répressive, a été admise pour réprimer un comportement ou une abstention, le principe de proportionnalité impose encore que la mesure ne paraisse pas disproportionnée. Une telle exigence concerne tant les sanctions théoriques (A), autrement dit les sanctions encourues, que les sanctions appliquées (B). Concernant cette dernière exigence, au regard des difficultés soulevées en matière de mesures punitives extrapénales, c'est principalement l'application du principe *ne bis in idem* qui retiendra l'attention.

A – Le principe de proportionnalité des peines et les sanctions théoriques.

641. À s'en tenir dans un premier temps à la proportionnalité des peines encourues, une certaine dissonance apparaît. La diversité des fondements du principe de proportionnalité des peines (1) contraste sans conteste avec la relative faiblesse effective du principe, faiblesse encore accrue par l'atténuation du principe de proportionnalité hors du droit pénal au sens strict (2).

²⁴⁶⁶ Voir cependant : M. Malaurie-Vignal, « L'exemplarité de l'amende civile », art. préc., n° 28 et s..

1 – La diversité des fondements du principe de proportionnalité des peines.

642. Les fondements constitutionnels du principe de proportionnalité des peines. Du point de vue constitutionnel, le principe de nécessité et de proportionnalité des peines s'est d'abord largement confondu avec celui de légalité, la proportionnalité des peines ne s'exprimant qu'à travers l'obligation faite au législateur de définir un maximum pour chaque peine²⁴⁶⁷. Une telle lecture est cependant extrêmement formelle et peu protectrice des libertés individuelles : dès lors que l'autorité normative définit une peine maximale, aussi grande soit-elle, les principes directeurs du droit pénal sont, dans cette conception, respectés. Considéré isolément, le principe de légalité des peines se révèle dès lors peu efficient²⁴⁶⁸. Pour cette raison, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme ne se contente pas d'exiger que le législateur prévoie les peines applicables aux différentes infractions mais précise encore que « la loi ne doit établir que les peines strictement et évidemment nécessaires » (nous soulignons). Le texte de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme a donné au Conseil constitutionnel le moyen d'élever le principe de nécessité et de proportionnalité des peines à un niveau constitutionnel et conséquemment d'en imposer le respect au législateur²⁴⁶⁹.

643. Une appréciation souple de la proportionnalité des peines par le Conseil constitutionnel. Le contrôle que livre le Conseil de la proportionnalité des peines théoriques peut cependant paraître particulièrement léger. En dépit de l'emploi des adverbes « strictement et évidemment » qui semblerait devoir conduire à un contrôle strict²⁴⁷⁰, le Conseil affirme « qu'en l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue, il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité

²⁴⁶⁷ D. Allix, « De la proportionnalité des peines », art. préc., p. 3.

²⁴⁶⁸ Voir par exemple, concernant l'amende civile du projet de réforme du droit de la responsabilité civile : M. Dugué, S. Prétot, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc..

²⁴⁶⁹ D. Allix, « De la proportionnalité des peines », *loc. cit.*.

²⁴⁷⁰ Voir par exemple : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 262 et s.. Voir également, pour une critique de cette solution : P. Castéra, « Le principe de nécessité de la loi, le point de vue du constitutionnaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, art. préc., p. 47.

des peines attachées aux infractions définies par celui-ci »²⁴⁷¹. Les censures sur ce terrain sont dès lors peu nombreuses²⁴⁷². Dans la majorité des cas, elles ne seront encourues que parce que le législateur a limité les pouvoirs d'appréciation du juge en prévoyant des peines obligatoires²⁴⁷³, empêchant de ce fait les possibilités de contrôle de la proportionnalité des peines prononcées²⁴⁷⁴. Le principe de proportionnalité des peines appliqué au législateur ne s'identifie toutefois pas à l'interdiction des sanctions automatiques. D'une part, toute peine automatique n'est pas nécessairement contraire au principe de proportionnalité pour peu que la gravité des sanctions encourue soit proportionnelle à la gravité des fautes commises²⁴⁷⁵. D'autre part, le seul fait qu'une peine ne soit pas automatique ne devrait pas signifier que celle-ci respecte le principe de proportionnalité : si la loi venait à prévoir qu'un comportement bénin encoure une peine maximale de nature criminelle, celle-ci devrait sans conteste être censurée, alors même que le juge serait en mesure de moduler le *quantum* de la répression²⁴⁷⁶.

Quant aux modalités d'appréciation de la proportionnalité de la peine, aucune règle stricte ne semble se dégager. On peut toutefois remarquer que bien que le Conseil ait parfois retenu une approche subjective, tenant par exemple au profit retiré de l'infraction par l'individu, c'est généralement une conception objective qui prévaut²⁴⁷⁷. Selon cette conception, la gravité de la peine, qui ressort à la fois de sa nature (privative de liberté, pécuniaire, ...) et de son *quantum*, doit être comparée à la gravité de

²⁴⁷¹ CC, Décision n° 86-215 DC, 3 sept. 1986, considérant n° 7. Voir déjà : CC, Décision n° 84-176 DC, 25 juill. 1984, considérant n° 10 : « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision identique à celui du Parlement ; qu'il ne lui appartient pas, dès lors, de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la gravité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci ».

²⁴⁷² E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 271 et 355.

²⁴⁷³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *loc. cit.*. Voir par exemple : CC, décision n° 93-325 DC, *loc. cit.* ; D. Maillard Desgrées du Loû, « Inconstitutionnalité de l'interdiction automatiquement attachée à un arrêté de reconduite à la frontière », *D.* 1994.111. Voir également : J.-P. Gridel, « Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 2009/46, p. 113.

²⁴⁷⁴ *Cf infra*, n° 654.

²⁴⁷⁵ D. Allix, « De la proportionnalité des peines », art. préc., p. 3 et s.. Tel est notamment le cas, en matière routière, concernant les pertes de points. Voir par exemple : Crim., 16 nov. 1999, n° 98-87.635 ; B. Bouloc, « Retrait de points et nécessité de mentionner les peines dans le jugement », *RSC* 2000.603. Pour justifier la survivance, hors du Code pénal, d'une peine accessoire, et donc automatique, la chambre criminelle soulignait que « le nombre de points retirés est proportionnel à la gravité de la faute ».

²⁴⁷⁶ Tel serait, par exemple, le cas d'une peine réprimant de façon égale des comportements intentionnels et non-intentionnels en matière fiscale : CC, Décision n° 2014-418 QPC, 8 oct. 2014, considérant n° 9. Il s'agissait certes en l'espèce d'une amende fiscale fixée au taux unique de 100% du profit tiré de la fraude (O. Le Bot, « Le pouvoir de sanction de l'administration fiscale », *Constitutions* 2014.489). Néanmoins, c'est la gravité de la répression eu égard à un comportement qui semblait pouvoir ne pas être volontaire, alors que le reste des comportements réprimés devaient l'être, qui a poussé le Conseil constitutionnel à formuler une réserve d'interprétation (A. Cappello, « Question prioritaire de constitutionnalité – impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 [actualisation déc. 2017], n° 189). Voir, pour la censure d'une sanction pécuniaire civile disproportionnée : *supra*, n° 558.

²⁴⁷⁷ N. Molfessis, *Le conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 267 et 268.

l'infraction, laquelle dépend de la nature de l'atteinte (atteinte à la vie, au corps, aux biens, ...) et de son importance.

644. La consécration du principe de proportionnalité des peines au sein de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. À la différence du principe de nécessité des incriminations, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne consacre expressément un principe de proportionnalité des peines en son article 49 § 3. Celui-ci prévoit en effet que « L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ». Antérieurement à l'adoption de la Charte, la Cour de justice avait déjà consacré un principe semblable, au regard des atteintes que la peine porte aux libertés reconnus par les traités. Tel a notamment été le cas du principe de libre circulation. Dans une décision préjudicielle *Skani et Chryssanthakopoulos*, la Cour de justice des Communautés européennes avait ainsi affirmé qu'« Il résulte toutefois d'une jurisprudence constante relative à l'inobservation des formalités requises pour la constatation du droit de séjour d'un individu protégé par le droit communautaire que les États membres ne sauraient prévoir une sanction disproportionnée qui créerait une entrave à la libre circulation des personnes et que tel est notamment le cas d'une peine d'emprisonnement (voir, notamment, arrêt du 12 décembre 1989, Messner, C-265/88, Rec. p. 4209, point 14) »²⁴⁷⁸. La Cour avait dès lors considéré que le fait de sanctionner de la même peine le fait de conduire sans permis et le fait de ne pas avoir procédé aux formalités administratives en cas de changement de pays de résidence méconnaissait le principe de proportionnalité²⁴⁷⁹.

En dépit de la consécration au sein de la Charte des droits fondamentaux du principe de nécessité des peines, il est probable que la Cour de justice demeure prudente dans son application de l'article 49 § 3 afin de ne pas interférer de façon excessive dans un des domaines privilégiés d'expression de la souveraineté des États ou d'expression du pouvoir de l'autorité normative européenne²⁴⁸⁰

²⁴⁷⁸ CJCE, *Skani et Chryssanthakopoulos*, 29 févr. 1996, C-193/94, § 36.

²⁴⁷⁹ J.-G. Huglo, « Liberté d'établissement et libre prestation des services », *RTD eur.* 1996.741. Voir également : CJCE, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, 16 déc. 1992, C-210/91, § 20 : « les mesures administratives ou répressives ne doivent pas dépasser le cadre de ce qui est strictement nécessaire aux objectifs poursuivis, et il ne faut pas rattacher aux modalités de contrôle une sanction si disproportionnée à la gravité de l'infraction qu'elle deviendrait une entrave aux libertés consacrées par le traité (voir, entre autres, arrêts du 11 novembre 1981, Casati, point 27, 203/80, Rec. p. 2595; du 31 janvier 1984, Luisi et Carbone, 286/82 et 26/83, Rec. p. 377, et du 21 septembre 1989, Commission/Grèce, 68/88, Rec. p. 2965) ».

²⁴⁸⁰ D. Rebut, « Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines », art. préc., n° 22.

645. Le contrôle de la proportionnalité des peines par la Cour européenne des droits de l'homme. De la même façon que la nécessité des incriminations, le principe de proportionnalité et de nécessité des peines est absent des textes de la Convention²⁴⁸¹. Là encore, la Cour accepte pourtant de tenir compte de « la nature et la lourdeur des peines infligées » au titre des « éléments à prendre en considération lorsqu'il s'agit de mesurer la proportionnalité de l'ingérence » à un droit reconnu par la Convention²⁴⁸². Il ressort de ces décisions qu'une peine venant sanctionner un comportement entrant dans le champ des droits et libertés protégés par la Convention européenne des droits de l'Homme peut, en fonction de sa gravité, constituer une ingérence disproportionnée aux dits droits²⁴⁸³. À côté de ce contrôle nécessairement ponctuel et casuistique²⁴⁸⁴, la Cour paraît avoir développé un contrôle susceptible de s'étendre à la sanction de normes primaires n'intervenant pas dans le champ du traité. Elle a ainsi affirmé que « Quoiqu'en principe les questions se rapportant au caractère approprié de la peine sortent en général du champ d'application de la Convention, une peine manifestement disproportionnée peut s'analyser en un mauvais traitement contraire à l'article 3 au moment de son prononcé. Toutefois, la "disproportion manifeste" est un critère très strict, auquel il ne sera que "très rarement" satisfait (*Harkins et Edwards*, précité, §° 133) »²⁴⁸⁵.

Une distinction semble alors apparaître dans le contrôle de proportionnalité des peines que réalise la Cour européenne des droits de l'homme : la violation de la Convention peut soit résulter de l'atteinte à l'un des droits protégés par la Convention du fait de la gravité particulière que donne à une interdiction la sanction qui l'assortie, soit résulter plus directement de la disproportion entre la sanction et la gravité du comportement qu'elle réprime, résultant de ce fait en un mauvais traitement au sens de l'article 3 de la Convention. La lettre de l'article 3 limite toutefois fortement les cas dans lesquels une telle condamnation sera prononcée. Celui-ci prévoit, en effet, que « Nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou

²⁴⁸¹ Voir par exemple : D. Rebut, « Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines », art. préc., n° 19.

²⁴⁸² Voir notamment : CEDH, *Sürek c. Turquie (n° 1)*, 8 juill. 1999, n° 26682/85, § 64 ; CEDH, *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, n° 64915/01, § 78. Voir également, sur la prise en compte de l'atteinte à laquelle conduisait la peur d'une sanction sur la liberté d'expression : CEDH, *Kudeshkina c. Russie*, 26 févr. 2009, n° 29492/05, § 99 ; CEDH, *Petropavlovskis c. Lettonie*, 13 janv. 2015, n° 44230/06, § 68.

²⁴⁸³ La Cour qualifie même l'adéquation de la gravité de la mesure répressive à la gravité des infractions commises par le requérant d'« élément essentiel pour l'évaluation de la proportionnalité de la mesure » : CEDH, *Ezzoudhi c. France*, 13 févr. 2001, n° 47160/99, § 34.

²⁴⁸⁴ M. Bouchet, *La validité substantielle de la norme pénale*, op. cit., n° 440 ; F. Rousseau, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », art. préc..

²⁴⁸⁵ CEDH, *Willcox et Hurford c. RU*, 8 janv. 2013, n° 43759/10 et 43771/12, § 74.

dégradants ». La qualification de peine inhumaine ou dégradante à l'égard d'une sanction pécuniaire semble particulièrement peu plausible²⁴⁸⁶, si bien que cette jurisprudence ne semble pas pouvoir s'appliquer directement à la présente étude. La Cour européenne pourrait cependant retenir une solution similaire sur le terrain de l'article 1^{er} du premier protocole additionnel²⁴⁸⁷. Ce second aspect du contrôle de la proportionnalité des peines par la Cour européenne des droits de l'homme est susceptible de recouvrir un champ plus large. Il semble cependant ne devoir concerner que rarement la sanction théorique²⁴⁸⁸. En effet, l'appréciation des atteintes aux droits et libertés reconnus par la Convention que livre la Cour procède d'un contrôle *in concreto*. Cette spécificité n'empêche pas, dans la première hypothèse, le contrôle de proportionnalité des peines de porter sur la sanction théorique dans la mesure où c'est en grande partie l'effet dissuasif de la peine qui conduit la Cour à considérer qu'une atteinte à un des droits reconnus par la Convention est disproportionnée²⁴⁸⁹. En revanche, concernant l'infliction d'une peine inhumaine ou dégradante ou d'une atteinte au droit des biens, l'appréciation *in concreto* conduira sans doute la Cour à davantage fixer son attention sur la sanction effectivement infligée que sur la sanction encourue²⁴⁹⁰, si bien que l'on peut penser que les applications d'un principe général de proportionnalité de la sanction théorique par la Cour européenne des droits de l'homme demeureront, sinon inexistantes, du moins extrêmement rares.

2 – L'atténuation du principe de proportionnalité appliqué hors du droit pénal au sens strict.

646. L'analyse du principe de proportionnalité des peines appliqué hors du droit pénal conduit à un constat contrasté. Alors que celui-ci connaît, en matière d'amendes administratives, un recul qui confine à une éviction (a), les solutions retenues en matière de sanctions pécuniaires civiles semblent plus variables (b).

²⁴⁸⁶ Sauf éventuellement le cas où une sanction pécuniaire disproportionnée placerait un individu dans une situation d'indigence.

²⁴⁸⁷ « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international ». Voir par exemple pour un tel raisonnement : CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., § 185 : « La Cour considère que les amendes infligées aux requérants relèvent du deuxième alinéa de l'article 1, et notamment du pouvoir de l'État de réglementer l'usage des biens pour assurer le paiement des amendes ».

²⁴⁸⁸ Sauf en présence d'une sanction fixe : CEDH, *Malige c. France*, préc., § 49 : « Quant à la proportionnalité de la sanction, la Cour note, avec la Commission, que la loi elle-même a prévu dans une certaine mesure la modulation du retrait de points en fonction de la gravité de la contravention commise par le prévenu ».

²⁴⁸⁹ *Cf supra*, note n° 2482.

²⁴⁹⁰ Sur ce contrôle, *cf infra*, n° 654 et n° 814.

a – Le recul du principe hors du droit pénal : le cas des amendes administratives.

647. Le raisonnement de la Cour européenne la conduisant à contrôler la proportionnalité des peines infligées en fonction de la gravité du comportement n'étant pas lié à la qualification pénale de la mesure répressive, celle-ci devrait s'appliquer également aux sanctions extrapénales. C'est toutefois la jurisprudence constitutionnelle qui fournit l'occasion la plus directe d'une réflexion sur l'application du principe hors du droit pénal. En dépit de l'affirmation selon laquelle le principe de proportionnalité des peines s'applique aux sanctions ayant le caractère d'une punition²⁴⁹¹, l'étude des décisions constitutionnelles concernant ces sanctions peut inquiéter quant aux exigences imposées au pouvoir normatif.

Certes, le Conseil a, à plusieurs reprises, contrôlé que les sanctions administratives ne soient pas déconnectées de la gravité du comportement réprimé²⁴⁹². Dans ce cadre, il s'est notamment montré attentif à la prise en compte de la bonne ou de la mauvaise foi du contrevenant, à l'adéquation entre la sanction et l'infraction réprimée ou à la modulation du *quantum* de la sanction en fonction de la gravité du comportement et du profit retiré²⁴⁹³. Bien que les censures soient rares, le contrôle du Conseil constitutionnel semble dès lors réel.

Une question différente se pose toutefois lorsqu'une amende administrative vient réprimer un ensemble extrêmement varié de comportements. Du principe de proportionnalité des peines, il devrait normalement résulter que deux comportements dont la gravité est foncièrement différente n'encourent pas la même sanction²⁴⁹⁴. Le fonctionnement de certaines amendes administratives ne peut dès lors qu'interpeller,

²⁴⁹¹ CC, Décision n° 88-248 DC, préc., considérants n° 35 et 36 ; CC, Décision n° 89-260 DC, préc., considérants n° 17 et 18. Sur l'application de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen aux sanctions administratives, voir par exemple : D. Maillard Desgrées du Loû, « Inconstitutionnalité de l'interdiction automatiquement attachée à un arrêté de reconduite à la frontière », art. préc..

²⁴⁹² Voir par exemple sur cette question : F. Stasiak, « QPC et nécessité des peines », *RSC* 2011.124.

²⁴⁹³ CC, Décision n° 88-248 DC, préc., considérant n° 30 ; CC, Décision n° 2010-103 QPC, 17 mars 2011, considérant n° 4 à 6, L. Baghestani, « Principe de nécessité des peines et des sanctions », art. préc. ; L. Ayrault, « Office du juge et répression administrative en matière fiscale », *Procédures*, 2011/6, p. 28. Pour une censure d'une sanction fiscale pour non-respect du principe de proportionnalité des peines : CC, Décision n° 2016-554 QPC, 22 juill. 2016, considérant n° 7.

²⁴⁹⁴ Cf *supra*, n° 642.

notamment du fait de leur généralité²⁴⁹⁵. Ainsi, les amendes administratives que peuvent prononcer les commissions des sanctions de l'AMF et de l'ACPR le sont notamment pour « tout manquement [de certaines personnes] à leurs obligations professionnelles définies par les règlements européens, les lois, règlements et règles professionnelles approuvées par l'Autorité des marchés financiers en vigueur »²⁴⁹⁶ ou pour la violation d'« une disposition européenne, législative ou réglementaire au respect de laquelle l'Autorité a pour mission de veiller ou des codes de conduite homologués applicables à sa profession »²⁴⁹⁷. Ce sont alors des manquements à des pans entiers du droit qui sont exposés à une même sanction. On peut pourtant douter que toutes les règles auxquelles sont soumis les professionnels des marchés ou les personnes soumises au contrôle de l'ACPR présentent la même importance, et consécutivement que les manquements à ces règles présentent une même gravité. Les dangers de cette situation sont encore amplifiés, en matière prudentielle, par la conception extensive que retient l'ACPR des comportements sanctionnables²⁴⁹⁸. Comment, en effet, ne pas douter de la proportionnalité de la sanction encourue lorsque le non-respect d'une règle de formalisme probatoire expose son auteur à une amende de cent millions d'euros ou 10 % de son chiffre d'affaires annuel ? Certes, lors de son prononcé la sanction pourra être adaptée par l'autorité compétente. Il n'en demeure pas moins qu'en déclarant ces peines conformes à la Constitution²⁴⁹⁹, le Conseil constitutionnel semble avoir largement renoncé à imposer au pouvoir législatif le

²⁴⁹⁵ Au-delà des difficultés qu'elle soulève du point de vue du principe de légalité : *cf supra*, n° 612. Les deux questions peuvent sembler proches, dès lors que la fixation d'une sanction maximale manifestement excessive au regard de la gravité du comportement incriminé, si elle respecte formellement le principe de légalité des peines, n'en respecte sans doute pas l'esprit. Sur la complémentarité des deux principes d'un point de vue concret, voir par exemple : *Crim.*, 10 févr. 2016, n° 15-82.324, G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi ..., « *Droit pénal* », *D.* 2016.2424.

²⁴⁹⁶ CMF, art. L. 621-15, II.

²⁴⁹⁷ CMF, art. L. 612-39.

²⁴⁹⁸ *Cf supra*, n° 612.

²⁴⁹⁹ *Cf supra*, note n° 2491. Le Conseil constitutionnel a plus récemment rejeté une QPC portant expressément sur le respect du principe de proportionnalité des peines par l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier : CC, Décision n° 2017-634 QPC, préc., considérant n° 13 et 14 : « En instituant une sanction pécuniaire destinée à réprimer les manquements de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché, le législateur a poursuivi l'objectif de préservation de l'ordre public économique. Un tel objectif implique que le montant des sanctions fixées par la loi soit suffisamment dissuasif pour remplir la fonction de prévention des manquements assignée à la punition ».

En prévoyant de réprimer les manquements de nature à porter atteinte à la protection des investisseurs ou au bon fonctionnement du marché d'une amende d'un montant pouvant aller jusqu'à un plafond de cent millions d'euros, le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée au regard de la nature des manquements réprimés, des risques de perturbation des marchés financiers, de l'importance des gains pouvant en être retirés et des pertes pouvant être subies par les investisseurs. Dès lors, le grief tiré de la méconnaissance du principe de proportionnalité doit être écarté ». Voir également sur cette question F. Stasiak, « QPC et nécessité des peines », art. préc..

respect d'une proportionnalité minimale entre la gravité du comportement sanctionné et celle de la mesure punitive extra-pénale encourue²⁵⁰⁰.

b – Un respect variable du principe de proportionnalité de la sanction théorique en matière de sanctions pécuniaires civiles.

648. Le contrôle de la proportionnalité de la clause pénale par rapport au préjudice subi. Le contrôle de l'excès des clauses pénales se présente de façon particulière : l'ancien article 1152, alinéa 2 du Code civil, devenu 1231-5, alinéa 2 du même code, permet au juge de modérer la clause pénale manifestement excessive. Il faut remarquer que l'excès n'est généralement pas apprécié par rapport à la gravité du comportement mais plutôt par rapport au préjudice subi par la victime²⁵⁰¹, évalué au jour auquel le juge statue²⁵⁰². Un tel critère d'appréciation de la proportionnalité de la mesure pourrait surprendre concernant une mesure qui se veut répressive, si bien qu'on peut penser que cette solution procède d'une confusion entre clause pénale et clause d'indemnisation forfaitaire²⁵⁰³.

649. Proposition d'une explication alternative au contrôle de proportionnalité de la clause pénale par rapport au préjudice subi. Une autre lecture semble possible. Les clauses pénales trouvant leur origine dans une stipulation contractuelle, elles se singularisent des autres peines pécuniaires privées par l'intérêt qu'elles protègent : un intérêt privé²⁵⁰⁴. Le choix de l'appréciation de la proportionnalité par rapport au dommage subi par la victime peut alors sembler cohérent avec la poursuite d'une fonction répressive. Il se rapproche d'une appréciation objective de la proportionnalité de la sanction²⁵⁰⁵ que connaît également le droit pénal²⁵⁰⁶. Toutefois, là où l'atteinte à l'intérêt social peut dépendre de la seule gravité

²⁵⁰⁰ Certes, cette mesure ne sera jamais privative de liberté. Se satisfaire d'une telle limitation serait cependant retenir une conception bien peu exigeante des principes de nécessité et de proportionnalité des peines.

²⁵⁰¹ Cf *supra*, n° 1250. *Adde* : Com., 7 nov. 1978, n° 77-10.653 ; V. R. Thielé, « Caractère excessif ou dérisoire des pénalités contractuelles », art. préc..

²⁵⁰² Civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-13.458 : « Attendu que, pour apprécier le caractère excessif d'une clause pénale, les juges doivent se placer à la date de leur décision » ; J. Mestre, « À quel moment le juge doit-il se placer pour apprécier si la peine convenue est manifestement excessive ou dérisoire au sens de l'article 1152, alinéa 2, du code civil ? », *RTD civ.* 1999.97.

²⁵⁰³ Cf *supra*, n° 301.

²⁵⁰⁴ Cf *supra*, n° 324.

²⁵⁰⁵ S. Pimont, « Clause pénale », art. préc., n° 81.

²⁵⁰⁶ Cf *supra*, n° 642 *in fine*.

du comportement²⁵⁰⁷, l'atteinte à un intérêt privé est traditionnellement appréciée à travers le préjudice subi par la victime. Le contrôle du juge ne devant pas nécessairement conduire à réduire le montant de la sanction au préjudice effectivement subi²⁵⁰⁸, la clause pénale n'est pas réduite à un mécanisme indemnitaire. Simplement, le rapport de proportion entre la sanction et la gravité de l'acte est apprécié à l'aune de l'atteinte à l'intérêt protégé, si bien qu'il peut sembler pertinent, même dans une perspective répressive, d'apprécier la proportionnalité de la sanction par rapport au préjudice subi. Une autre spécificité de ce contrôle mérite toutefois d'être soulignée.

La clause pénale est conçue par les parties comme une sanction automatique. De ce fait, la sanction théorique et la sanction appliquée devraient être équivalentes. Le contrôle opéré par le juge de l'excès manifeste de la clause pénale pourrait dès lors être à la fois perçu comme un contrôle de la sanction théorique et comme un contrôle de la sanction effective. Toutefois, le fait que l'appréciation de la disproportion soit faite par le juge au moment de l'application de la sanction et surtout en fonction du préjudice existant à ce jour et non au regard de l'importance de l'intérêt susceptible d'être atteint par le non-respect du contrat, rapproche largement le contrôle de la disproportion manifeste de la clause pénale d'un contrôle de proportionnalité de la sanction effective²⁵⁰⁹.

650. L'absence de contrôle de la proportionnalité de l'astreinte prononcée. L'astreinte venant réprimer le non-respect d'une norme judiciaire, la distinction entre sanction théorique et sanction effective se présente, la concernant, d'une façon spécifique. L'astreinte est, dans un premier temps, prononcée, ce qui correspond à la phase de prévision de la sanction. Elle est ensuite liquidée, ce qui correspond à l'application de la sanction. Le contrôle de la proportionnalité de la sanction théorique doit donc être envisagé au regard de l'astreinte prononcée²⁵¹⁰.

Il ne semble pas que l'astreinte fasse, à ce stade, l'objet d'un contrôle de proportionnalité spécifique. Certes, les décisions prononçant une astreinte provisoire sont toujours susceptibles d'appel, alors même que l'obligation principale ne le serait

²⁵⁰⁷ Certes les infractions matérielles supposent une réalisation concrète d'un dommage. Celui-ci n'est cependant considéré qu'en ce qu'il participe de la gravité.

²⁵⁰⁸ Cf *supra*, note n° 1252.

²⁵⁰⁹ Sur ce type de contrôle, cf *infra*, n° 654 et s..

²⁵¹⁰ Pour un refus de transmission d'une QPC concernant le respect du principe de proportionnalité des peines par les astreintes : Soc., 5 janv. 2012, préc., C. Brenner, « Chronique de jurisprudence », GP 2012/59, préc. ; A. Leborgne, « Droit de l'exécution », art. préc..

pas ou ne serait pas contestée²⁵¹¹. À cette occasion, une cour d'appel pourrait, si elle l'estimait nécessaire, réduire le montant de l'astreinte prononcée. Cependant, la détermination du montant de l'astreinte relève du pouvoir discrétionnaire du juge, que celle-ci soit provisoire ou définitive²⁵¹², si bien qu'aucune contestation du montant de l'astreinte ne saurait prospérer devant la Cour de cassation, laquelle a expressément refusé de soumettre les astreintes aux principes de proportionnalité des peines résultant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen²⁵¹³. Cette solution confère aux juges du fond un pouvoir que l'on pourrait juger dangereux. Si cette absence de contrôle s'explique sans doute par la volonté de préserver l'efficacité coercitive du mécanisme²⁵¹⁴, elle confère sans doute à l'autorité judiciaire une liberté excessive au détriment de la protection des justiciables²⁵¹⁵.

651. Les incertitudes concernant l'application du principe de proportionnalité aux amendes civiles et dommages et intérêts punitifs.

Expressément ou non, le Conseil constitutionnel a, à l'occasion de décisions concernant des amendes civiles, rappelé que l'ensemble des sanctions ayant le caractère d'une punition devaient respecter le principe de nécessité et de proportionnalité des peines²⁵¹⁶. Dans une décision au moins, l'application du principe de proportionnalité des peines a donné lieu à la censure d'une amende civile. La loi du 29 mars 2014 visant à reconquérir l'économie réelle prévoyait, à l'article L. 773-1 du Code du travail, que le tribunal de commerce pouvait réprimer d'une sanction pécuniaire pouvant atteindre, en cas de non-respect par une entreprise de ses obligations d'information et de consultation du comité d'entreprise²⁵¹⁷, vingt fois la valeur mensuelle du SMIC par emploi supprimé dans la limite de 2% du chiffre d'affaires. Après avoir rappelé que le Conseil n'entendait pas substituer son appréciation à celle du législateur concernant

²⁵¹¹ S. Guinchard et T. Moussa (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 9^{ème} éd., 2018, n° 411.112.

²⁵¹² Civ. 2^{ème}, 15 janv. 2009, n° 07-19.239 ; R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, op. cit., n° 83 ; C. Giverdon, O. Staes, « Fasc. 800-70 : Jugements – Motifs et dispositifs », in *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, janv. 2019, n° 14 : « Mais attendu que la cour d'appel n'a fait qu'user de son pouvoir discrétionnaire en fixant l'astreinte à un montant qu'elle a librement déterminé ».

²⁵¹³ Civ. 2^{ème}, 4 janv. 2012, préc., C. Brenner, « Chronique de jurisprudence », *GP* 2012/59, préc. ; A. Leborgne, « Droit de l'exécution », *D.* 2012.1509, préc., II-C.

²⁵¹⁴ R. Perrot, Ph. Théry, *Procédures civiles d'exécution*, loc. cit..

²⁵¹⁵ F. Gréau, « art. 1240 à 1245-17 – Fasc. 224-20 : régime de la réparation – action en réparation – décisions judiciaires. Astreinte », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, 2018, n° 32.

²⁵¹⁶ CC, Décision n° 2017-750 DC, préc., considérant n° 6.

²⁵¹⁷ La version originelle du texte prévoyait également l'obligation de recherche d'un repreneur, cependant celle-ci avait déjà fait l'objet d'une censure dans un considérant précédent.

« la nécessité des peines attachées aux infractions »²⁵¹⁸, le Conseil affirme que la sanction ainsi édictée « revêt un caractère manifestement hors de proportion avec la gravité du manquement réprimé »²⁵¹⁹, déclarant de ce fait la mesure contraire à la Constitution. Dans la mesure où la sanction critiquée pouvait atteindre plusieurs millions d'euros pour non-respect d'une règle d'information²⁵²⁰, l'appréciation du Conseil était sans doute justifiée.

Cette décision peut sembler rassurante : en dépit des atténuations que connaissent les principes directeurs du droit pénal lorsqu'ils sont appliqués à des sanctions pécuniaires civiles, le Conseil constitutionnel veille à ce que la sanction encourue ne soit pas manifestement hors de proportion avec la gravité du comportement réprimé, et ce de façon plus nette qu'il ne semble l'avoir fait pour les amendes administratives. Cette décision de censure est cependant largement isolée si bien que des interrogations demeurent concernant la mesure de l'application du principe de proportionnalité des peines aux amendes civiles²⁵²¹. Au-delà des difficultés de mise en œuvre liées à l'appréciation des rapports de proportion entre la gravité d'un comportement et celle de la sanction qui l'assortie, on peut se demander si le Conseil constitutionnel admettrait, à l'image de sa position en matière d'amendes administratives, qu'une amende civile d'un montant important assortisse un ensemble extrêmement vaste de comportements sans lien nécessaire de gravité.

652. L'application à l'amende civile du projet de réforme du droit de la responsabilité. De la réponse à cette question dépendrait pourtant en partie le respect du principe de proportionnalité par l'amende du projet de réforme du droit de la responsabilité, celle-ci concernant potentiellement des comportements d'une gravité

²⁵¹⁸ CC, Décision n° 2014-692 DC, préc., considérant n° 23.

²⁵¹⁹ CC, Décision n° 2014-692 DC, préc., considérant n° 25. L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », *D.* 2014.1287 ; J. Pradel, « Du principe de proportionnalité des peines », art. préc., n° 20.

²⁵²⁰ G. Casu, « La censure de la "loi Florange" par le Conseil constitutionnel. À propos de la décision 2014-692 DC du 27 mars 2014 », *LPA* 2014/105, p. 4, I-B.

²⁵²¹ Un élément de difficulté tient également à ce que certaines amendes civiles connaissent des plafonds multiples, ce qui a pu conduire un auteur à s'interroger sur le respect du principe d'égalité devant la loi par cette amende (M. Béhar-Touchais, « L'amende civile de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce respecte-t-elle le principe d'égalité devant la loi ? », *RDC* 2017, p. 291). Sans renoncer à la pluralité de plafonds, la rédaction du nouvel article L. 442-4 du Code de commerce clarifie quelque peu leur articulation. Voir cependant : M. Malaurie-Vignal, « L'exemplarité de l'amende civile », art. préc., n° 23 et s. : l'auteur souligne que le fait qu'un des montants maximaux de la sanction anciennement prévue à l'article L. 442-6 III du Code de commerce soit fixé en fonction du seul chiffre d'affaires semble contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel en matière fiscale (CC, Décision n° 2013-369 DC, 4 déc. 2013, considérant n° 43). Il n'est toutefois pas absolument certain que cette critique prospère. Le fait que les fautes réprimées aient pu générer un bénéfice venant participer au chiffre d'affaires pourrait suffire à créer un lien entre le montant de la sanction et le comportement réprimé. Cette logique semble, par ailleurs, se retrouver en matière d'amendes administratives à l'article L. 464-2 I du Code de commerce.

extrêmement variable. Certes, l'article prévoit une fixation de la sanction maximale en fonction des profits retirés de la faute, ce qui, concernant la répression de fautes lucratives, peut sembler de nature à permettre un respect du principe de proportionnalité des peines²⁵²². On peut toutefois se demander si la fixation d'un facteur multiplicateur de dix, pour l'ensemble des fautes lucratives, quel que soit l'aspect matériel du comportement réprimé, satisfait à ce principe²⁵²³.

Un autre aspect de la peine édictée par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile peut soulever des difficultés au regard du principe de proportionnalité des peines. Appliquée à une personne morale, l'amende envisagée par l'article 1266-1 du projet pourrait « être portée à 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes le plus élevé réalisé en France au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel la faute a été commise ». Le mode de fixation en fonction du chiffre d'affaires n'est pas en lui-même contraire au principe de proportionnalité des peines²⁵²⁴, le Conseil constitutionnel ayant même admis la fixation d'un maximum en fonction du chiffre d'affaires s'agissant de sanctions pénales²⁵²⁵. Il rappelle de plus fortement l'amende civile anciennement prévue à l'article L. 442-6 III du Code de commerce, devenu L. 442-4 I, pour réprimer un ensemble de comportements constituant des pratiques restrictives de concurrence. Comme l'amende civile du projet, cette sanction connaît une pluralité de maxima alternatifs²⁵²⁶, dont l'un dépend du profit retiré²⁵²⁷ et un autre étant de 5% du chiffre d'affaires. Toutefois, les comportements visés par l'article L. 442-4 I du Code de commerce sont suffisamment

²⁵²² F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 12. Sur les amendes en rapport avec le profit et le principe de proportionnalité, voir : C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », art. préc.. *Contra* : R. Mesa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », art. préc.. Selon l'auteur, la proportionnalité des peines impose que la répression soit proportionnelle à la gravité du comportement, pas au profit.

²⁵²³ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 13 ; E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », art. préc., n° 9 et s.. Voir plus généralement sur les problèmes soulevés sur ce point par les facteurs multiplicateurs des profits : N. Fournier de Crouy, « La faute lucrative », *op. cit.*, n° 233 ; R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, *op. cit.*, n° 129.

²⁵²⁴ Voir pour d'importantes précisions : CC, Décision n° 2015-489 QPC, 14 oct. 2015, considérants n° 14 à 16. Le Conseil valide d'une part la fixation d'un maximum en fonction d'un pourcentage du chiffre d'affaires mondial « le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre » (considérant n° 15). C'est manifestement l'influence possible du comportement réprimé sur ce chiffre d'affaires qui a motivé cet aspect de la décision du Conseil constitutionnel (« le législateur n'a pas institué une peine manifestement disproportionnée au regard, d'une part, de la nature des agissements réprimés et, d'autre part, du fait qu'ils ont pu et peuvent encore, alors même qu'ils ont cessé, continuer de procurer des gains illicites à l'entreprise »). Il admet d'autre part que le chiffre d'affaires pris en compte soit « celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante » (considérant n° 16) afin de déjouer les pratiques de l'entreprise visant à minorer le montant de la sanction.

²⁵²⁵ CC, Décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014, considérant n° 86.

²⁵²⁶ *Contra* : E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », art. préc..

²⁵²⁷ Le facteur multiplicateur n'étant cependant que de trois.

définis pour mettre le Conseil constitutionnel en mesure d'apprécier le rapport de proportionnalité entre les fautes commises et la sanction encourue. À l'inverse, l'absence d'élément matériel au sein du projet oblige soit à considérer que le Conseil n'est pas en mesure d'apprécier la proportionnalité de la sanction édictée par rapport à la gravité du comportement réprimé, soit que c'est le caractère lucratif de la faute, indépendamment de l'importance de la règle méconnue, qui doit suffire à justifier l'édition d'une sanction aussi sévère²⁵²⁸. Certes, dans la mesure où les fautes lucratives sont sources de profits et participent donc du chiffre d'affaires, il existe un lien entre le montant de la sanction maximale et la faute commise. On peut pourtant souhaiter que le Conseil constitutionnel se montre plus exigeant en n'admettant pas que la variété quasi-infinie de comportements entrant dans le champ de l'article 1266-1 du projet de réforme puisse faire l'objet d'une sanction commune d'un montant aussi élevé.

653. Conclusions. L'application du principe de proportionnalité des peines théoriques aux sanctions pécuniaires civiles appelle au moins deux séries de remarques. D'une part, en présence d'un comportement clairement identifié, l'application, même atténuée, du principe interdit que la sanction soit manifestement excessive par rapport à l'« infraction ». De même, si une même mesure répressive extrapénale peut s'appliquer à plusieurs actes déterminés, les organes de protection des droits fondamentaux semblent considérer que ces comportements doivent présenter une gravité analogue²⁵²⁹. D'autre part, la mise en œuvre du principe semble nettement plus insatisfaisante lorsque la sanction s'applique à une grande variété de comportements difficilement déterminables. L'admission de certaines amendes administratives d'un montant très élevé pouvant virtuellement s'appliquer à des branches entières du droit est de ce point de vue de nature à inquiéter. Le Conseil constitutionnel n'étant pas en mesure de contrôler *in abstracto* et *a priori* l'adéquation de la gravité de la sanction théorique, la validation de ces mesures délègue complètement à l'autorité chargée d'appliquer la sanction le soin de veiller à ce que la sanction ne soit pas excessive. Neutralisant de ce fait le principe de proportionnalité des peines au stade de la sanction théorique, cette validation vide également le principe de légalité des délits et des peines d'une partie de son sens, faisant de ce dernier une simple exigence formelle

²⁵²⁸ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 14.

²⁵²⁹ Cf *supra*, note n° 2493.

n'interdisant pas, en pratique, au pouvoir normatif d'offrir au juge une marge de manœuvre totale. Tant sur le plan du principe de légalité des délits et des peines que du principe de proportionnalité des peines, il semblerait alors nécessaire qu'une évolution jurisprudentielle ait lieu afin que ces principes jouent réellement le rôle de protection des justiciables qui est le leur.

B – Le principe de proportionnalité des peines et les sanctions appliquées : sanctions pécuniaires civiles et ne bis in idem.

654. La délimitation de l'étude. Le prononcé des sanctions pénales est soumis à plusieurs règles. Les règles imposant une motivation de la peine ont connu une extension importante, touchant l'ensemble des sanctions pécuniaires pénales²⁵³⁰, y compris à un niveau constitutionnel²⁵³¹. Ces exigences semblent désormais s'appliquer aux amendes civiles²⁵³². Au-delà des exigences de motivations, certaines règles encadrent plus directement la fixation des peines. Ainsi l'article 132-1 alinéa 3 du Code pénal dispose que « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130-1 ». De même, les articles 132-2 et suivants du Code pénal envisagent la question du concours réel d'infractions, c'est-à-dire le cas où une même personne commet plusieurs infractions avant d'être définitivement condamnée²⁵³³. Le concours idéal d'infractions correspond en revanche au cas dans lequel un comportement unique qui pourrait *a priori* donner lieu au prononcé de plusieurs peines. En dépit du caractère classique d'une telle distinction, celle-ci semble désormais *a minima* affaiblie.

²⁵³⁰ E. Bonis, « L'extension de la motivation aux amendes contraventionnelles », *JCP G* 2018, 951 ; Crim., 15 mai 2019, n° 18-84.494, « Peine (confiscation et amende) : contrôle de la motivation des juges du fond », *D.* 2019.1105 ; Crim., 1^{er} févr. 2017, n° 15-83.984, G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017.1557, 2 ; G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail et E. Tricoire, « Droit pénal », *D.* 2017.2501 ; C. Saas, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.* 2017.961. L'auteur insiste notamment sur le lien entre le contrôle de la motivation effectué par la Cour de cassation et les exigences de proportionnalité (voir spécialement le I-B) ; Crim., 27 juin 2018, n° 16-87.009, « Peine (motivation) : justification en cas de prononcé de plusieurs peines », *D.* 2018.1494.

²⁵³¹ CC, Décision n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018, A. Botton, « Motivation des peines par les cours d'assises : interprétation d'une censure d'interprétation », *D.* 2018.1191.

²⁵³² Y. Stricler, « Degré d'exigence de la motivation des décisions condamnant à amende civile », *Procédures* 2016, comm. 85 ; M. Béhar Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc.. Voir de façon plus détaillée sur cette question : *infra*, n° 819 et s..

²⁵³³ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1500 et s..

L'explication de cet affaiblissement est à rechercher dans un traitement en partie commun de ces concours sous l'angle de l'interdiction du cumul de peines, voire d'actions répressives, à raison des mêmes faits, interdiction généralement désignée sous la locution *ne bis in idem*²⁵³⁴. Alors que cette interdiction semble principalement viser le cas du concours idéal d'infractions, la Cour européenne des droits de l'homme a parfois semblé l'appliquer en présence de situations pouvant davantage se rapprocher d'un cas de concours réel²⁵³⁵. De même, au regard de l'interdiction du cumul de répressions, les évolutions récentes de la Cour de cassation semblent conduire à un certain effacement de la distinction des deux types de concours d'infractions²⁵³⁶.

Le principe *ne bis in idem* reçoit une consécration variable au sein des différentes déclarations de droits fondamentaux et soulève des problématiques spécifiques lorsqu'un même comportement semble susceptible de faire à la fois l'objet d'une sanction pénale et d'une mesure répressive extrapénale. Bien que les comportements actuellement sanctionnés au moyen de sanctions pécuniaires civiles, spécialement d'amendes civiles, ne semblent pas fournir fréquemment l'occasion d'un cumul, que ce soit avec des mesures pénales²⁵³⁷, des sanctions administratives ou d'autres sanctions pécuniaires civiles²⁵³⁸, l'étude de cette question ne semble pas pouvoir être évitée dans la mesure où la généralité des sanctions envisagées par les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile conduirait à un risque de cumul extrêmement fréquent²⁵³⁹.

Les différents organes²⁵⁴⁰ chargés de faire respecter les déclarations de droit adoptent des applications divergentes du principe *ne bis in idem* (1), qui n'ont pas été supprimées à l'issue d'une conciliation imparfaite de la jurisprudence française et des jurisprudences européennes (2).

²⁵³⁴ Sur le lien entre cumul idéal d'infraction et *ne bis in idem*, voir par exemple : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 626. Sur la mutation du principe : J. Lelieur-Fischer, *La règle ne bis in idem, Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse dactyl., Paris I, sous la dir. de M. Delmas-Marty, soutenue en 2005 ; F. Drummond, « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », *BJB* 2014/12, p. 605.

²⁵³⁵ Voir par exemple : CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 févr. 2009, n° 14939/03, § 92 et 120.

²⁵³⁶ Cf *infra*, n° 656.

²⁵³⁷ Voir cependant *infra*, n° 666.

²⁵³⁸ À ce titre, on peut souligner que si les astreintes peuvent fréquemment trouver à s'appliquer conjointement à une mesure répressive, les faits sanctionnés sont nécessairement distincts, l'astreinte ne sanctionnant pas la méconnaissance originelle de règles juridiques mais la résistance face à l'ordre du juge.

²⁵³⁹ J. Prorok, « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », art. préc. ; D. Cohen, « Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : "les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur" », art. préc., p. 252.

²⁵⁴⁰ Outre le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice de l'Union européenne qui seront seuls étudiés ici, voir notamment l'article 14§7 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

655. La consécration indirecte et partielle dans la jurisprudence originelle du Conseil constitutionnel. La règle *ne bis in idem* veut qu'un même comportement ne puisse donner lieu à l'exercice de plusieurs poursuites ou au prononcé de plusieurs sanctions²⁵⁴¹. Ce principe ne s'appliquait traditionnellement qu'aux mesures pénales, ne jouant pas en présence du cumul d'une sanction pénale et administrative²⁵⁴² ou d'une sanction pénale et d'une sanction civile. Le Conseil constitutionnel affirma ainsi que, sans qu'il soit besoin de rechercher si *ne bis in idem* avait valeur constitutionnelle²⁵⁴³, « il convient de relever qu'il ne reçoit pas application au cas de cumul entre sanctions pénales et sanctions administratives »²⁵⁴⁴. Pourtant, le Conseil, se fondant sur le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, admit qu'en présence d'une sanction pénale et d'une sanction ayant le caractère d'une punition pouvant s'appliquer au même fait, l'article 8 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen n'était respecté que si le cumul des deux sanctions prononcées n'excédait pas le plus élevé des deux maxima²⁵⁴⁵. Allant plus loin, le Conseil constitutionnel affirma un temps que les sanctions administratives pécuniaires ne pouvaient se cumuler avec une sanction

²⁵⁴¹ Sur la différence entre les deux acceptions, voir par exemple, D. Bernard, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, op. cit., p. 1039 et s., n° 1. Sur cette question : R. Mesa, *De la règle non bis in idem*, mémoire, Université Panthéon-Assas, Paris 2. Voir également, restreignant à l'aspect procédural : F. Stasiak, « Principes de non-cumul des peines et de non-cumul des poursuites *ne bis in idem* », RSC 2011.118.

²⁵⁴² Pour une présentation ancienne, voir par exemple : J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », art. préc., p. 117. Sur l'évolution des possibilités de cumul vu par le juge administratif voir : Th. Perroud, « Les rapports entre l'administration et l'appareil judiciaire », in *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, op. cit., p. 50 et s., spéc. p. 55.

²⁵⁴³ Sur l'absence de consécration du principe dans la Constitution de 1958 : F. Drummond, « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », art. préc..

²⁵⁴⁴ CC, Décision n° 89-260 DC, préc., considérant n° 16.

²⁵⁴⁵ Voir notamment : CC, Décision n° 89-260 DC, préc., considérant n° 22 : « si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues » ; D. Martin, E. Dezeuze, F. Bouaziz, *Les abus de marché. Manquements administratifs et infractions pénales*, op. cit., n° 501. Ass., plén., 8 juill. 2010, n° 09-71.252, 10-10.965, Y. Paclot, « Refus de la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel quatre questions prioritaires de constitutionnalité sur le pouvoir de sanction de l'AMF », *Rev. soc.* 2011.371 ; CE, 16 juill. 2010, n° 321056, F. Stasiak, « Principes de non cumul des peines et de non cumul des poursuites *ne bis in idem* », art. préc.. L'auteur souligne les difficultés liées à une divergence entre la position du Conseil constitutionnel et l'article L. 621-16 du Code monétaire et financier. Ce dernier prévoit en effet que si la sanction administrative a été prononcée antérieurement à l'intervention du juge pénal, l'amende administrative s'impute sur celle prononcée par la juridiction pénale. Une telle règle, outre qu'elle soulève des difficultés évidentes dans la mesure où le maximum de l'amende administrative excède celui de l'amende pénale, n'aboutit pas à la même solution. F. Stasiak, « QPC et nécessité des peines », art. préc. Sur le cumul des sanctions pénales et administratives, voir également : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, op. cit., n° 264.

pénale²⁵⁴⁶, avant de revenir à sa position originelle²⁵⁴⁷. Or celle-ci apparaît largement en retrait des exigences développées au niveau européen.

656. Les évolutions et incertitudes des positions des juridictions judiciaires. Au-delà du seul Conseil constitutionnel, les juridictions nationales semblent également retenir une conception peu exigeante de la règle *ne bis in idem*, même appliquée en matière strictement pénale²⁵⁴⁸. Alors que la Cour de cassation jugeait originellement qu'une action unique ne pouvait faire l'objet que d'une seule qualification pénale²⁵⁴⁹, sa position évolua dès lors qu'au cours d'une même action un individu porte atteinte à des valeurs sociales distinctes²⁵⁵⁰.

La Cour de cassation admit, dans un premier temps, qu'un même comportement pouvait constituer une pluralité d'infractions lorsque l'état d'esprit de l'agent au moment de la commission des faits et le résultat relevait d'infractions distinctes. Elle affirma alors « qu'il ne s'agit pas, en tel cas, d'un crime unique, dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire au vœu de la loi, mais de deux crimes simultanés, commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes »²⁵⁵¹. C'est dès lors le fait que l'infraction ne se réduit pas à sa dimension matérielle mais comporte un élément subjectif qui semble justifier cette position²⁵⁵².

Cette explication subjective laissa pourtant la place à une conception plus objective, justifiée par la pluralité de valeurs sociales protégées²⁵⁵³, évolution critiquée dès lors que ce dernier critère peut sembler extrêmement difficile à mettre en œuvre²⁵⁵⁴ et ne pas être cohérent avec l'analyse française des infractions²⁵⁵⁵.

²⁵⁴⁶ CC, Décision n° 96-378 DC, 23 juill. 1996, considérant n° 15, P.-G. Perot, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *LPA* 1996/132, p. 15. F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 309 et 431 et s..

²⁵⁴⁷ D. Chagnollaud, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu, malgré tout ? », art. préc., II. Voir notamment : CC, Décision n° 97-395 DC, 30 déc. 1997, considérant n° 41.

²⁵⁴⁸ Hors de ce champ, outre la mise en œuvre de la réserve française à l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel (sur laquelle *infra* n° 657), voir : J. Pradel, « Procédure pénale », *D.* 2015.1738, IV, E.

²⁵⁴⁹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 626.

²⁵⁵⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 627.

²⁵⁵¹ Crim., 3 mars 1960, Bull. crim. 1960, n° 138.

²⁵⁵² E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 629.

²⁵⁵³ Voir pour des cas d'admission récents d'un cumul idéal d'infractions : Crim., 6 févr. 2007, n° 06-82.601, « Harcèlement moral, entrave à l'exercice du droit syndical et non-renouvellement du CE », *D.* 2007.870 ; Y. Mayaud, « Discrimination syndicale et harcèlement moral : deux qualifications cumulables pour un même fait... », *RSC* 2007.818 ; G. Royer, « Les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral violent des valeurs sociales distinctes », *AJ Pénal* 2007.179 ; Crim., 8 déc. 2015, n° 14.85.548, G. Roujou de Boubée, « Des solutions classiques mais qu'il n'est pas inutile de rappeler », *RDI* 2016.86.

²⁵⁵⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *loc. cit.*

²⁵⁵⁵ *Cf infra*, n° 666.

Quel que soit le fondement retenu, cette solution aboutit à transformer un concours idéal d'infraction en concours réel, si bien qu'à un principe de non-cumul est substitué un principe de « cumul plafonné »²⁵⁵⁶. Les positions les plus récentes retenues par la Cour de cassation paraissent toutefois marquer une nouvelle évolution. Depuis quelques années, la Cour de cassation, parfois au visa exprès du principe *ne bis in idem*, affirme que « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même accusé, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elles concomitantes »²⁵⁵⁷. Dans certaines espèces auxquelles la Cour de cassation a appliqué cette règle²⁵⁵⁸, la haute juridiction a semblé ramener à l'unité ce qui constituait pourtant apparemment une pluralité de faits. À l'inverse des solutions précédemment évoquées, il semble alors que la Cour traite comme un concours idéal ce qui aurait semblé être un concours réel d'infractions. Pour autant, la Chambre criminelle admet un cumul de répression lorsqu'elle estime possible d'identifier des « intentions coupables distinctes »²⁵⁵⁹, aboutissant pour l'heure à retenir une position quelque peu complexe et incertaine²⁵⁶⁰.

657. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et *ne bis in idem*. L'article 4 § 1 du 7^{ème} protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales stipule que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement par les juridictions du même État en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif conformément à la loi et à la procédure pénale de cet État ». La France avait, lors de l'adoption du 7^{ème} protocole additionnel, émis une réserve à l'encontre de cet article, visant à circonscrire son application aux procédures pénales

²⁵⁵⁶ M. Herzog-Evans, « Confusion de peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2009 (actualisation oct. 2015), n° 2.

²⁵⁵⁷ Par exemple : Crim., 26 oct. 2016, n° 15-84.552, N. Catelan, « *Ne bis in idem* et le cumul recel/blanchiment », *JCP G* 2017, 16 ; Ph. Conte, « Les limites de la répression de l'auto-blanchiment », *Dr. pén.* 2017, comm. 1 et « *Non bis in idem* – Conditions d'application du principe », *Dr. pén.* 2017, comm. 4 ; Crim. 24 janv. 2018, n° 16-83.045 ; Crim. 28 mars 2018, n° 17-81.114, Ph. Conte, « *Non bis in idem* », *Dr. pén.* 2018, comm. 103 ; Crim. 14 nov. 2019, n° 18-83.122, A.-S. Chavent-Leclère, « Pas de cumul lorsque les faits procèdent de manière indissociable d'une action unique », *Procédures* 2020, comm. 22 ; G. Beaussonie, « Droit pénal des affaires », *RJC*, 2018/5, p. 420.

²⁵⁵⁸ Notamment : Crim. 14 nov. 2019, préc., spéc. § 48.

²⁵⁵⁹ Par exemple : Crim., 26 mars 2019, n° 18-81.770.

²⁵⁶⁰ Voir déjà : Ph. Conte, « Concours réel et idéal d'infractions », *Dr. pén.* 2018, comm. 60.

au sens strict²⁵⁶¹. La fragilité de cette réserve apparaissait pourtant, dès l'origine, évidente. Le fonctionnement des réserves à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou à un des protocoles additionnels est régi par l'article 57 de la Convention. Il résulte de cet article que les réserves ne peuvent concerner que des textes en vigueur au moment de l'adoption de la Convention ou du protocole, doivent être accompagnées d'un exposé des dispositions bénéficiant de la réserve et ne peuvent être générales. Aucune de ces conditions ne semble véritablement respectée par la réserve française : rédigée en terme généraux, elle n'a été accompagnée d'aucun exposé et a fréquemment été appliquée par les juridictions nationales à des textes postérieurs²⁵⁶².

658. La position de la CEDH : application de *ne bis in idem* à l'ensemble de la matière pénale. La Cour européenne des droits de l'homme retient sur la question du cumul de procédures et de sanctions répressives une position manifestement plus exigeante que celle du Conseil constitutionnel. Celle-ci fut notamment exprimée dans l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*²⁵⁶³. Dans cette affaire, un homme ayant menacé et insulté plusieurs agents lors de son arrestation avait dans un premier temps fait l'objet d'une condamnation à trois jours de « détention administrative »²⁵⁶⁴ pour actes perturbateurs mineurs, puis fait l'objet d'une procédure pénale, débouchant notamment sur une condamnation pour insulte à agent public et de menaces de recours à la violence²⁵⁶⁵. Reprenant une formulation classique, la Cour européenne affirme « que la qualification juridique de la procédure en droit interne ne saurait être le seul critère

²⁵⁶¹ « Le Gouvernement de la République française déclare que seules les infractions relevant en droit français de la compétence des juridictions statuant en matière pénale doivent être regardées comme des infractions au sens des articles 2 et 4 du présent Protocole » (https://www.coe.int/fr/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/117/declarations?p_auth=Aq3rCMbg).

²⁵⁶² Crim., 28 janv. 2009, n° 07-81.674, N. Rontchevsky, « La chambre criminelle de la Cour de cassation précise le critère de distinction entre la manipulation de cours et le soutien licite du cours d'une valeur », *RTD com.* 2009.409 ; R. Salomon, « Délit de manipulation de cours », *Dr. soc.* 2009, comm. 83 ; J.-H. Robert, « Ça va bouillir », *JCP E*, 2009, 1400 ; Th. Bonneau, « Le juge pénal peut sanctionner le même comportement que l'AMF, la règle *non bis in idem* n'ayant pas vocation à s'appliquer », *Dr. soc.* 2009, comm. 122 ; Crim., 13 sept. 2017, n° 15-84.823, S. Detraz, « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », *D.* 2017.2130 ; W. Azoulay, « "*Ne bis in idem*" : la chambre criminelle fait de la résistance », *Dalloz actualité* 28 sept. 2017. Voir également : E. Dreyer, « Punir autant que nécessaire pour protéger des intérêts ? », art. préc. ; D. Martin, E. Dezeuze, F. Bouaziz, *Les abus de marché. Manquements administratifs et infractions pénales*, op. cit., n° 502. Voir également sur la mise à l'écart de la règle par les juridictions nationales : F. Drummond, « Le fabuleux destin de la règle *non bis in idem* », art. préc..

²⁵⁶³ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 2009.872 ; D. Roets, « L'article 4 du Protocole n° 7 (*non bis in idem*) dopé par la Grande Chambre », *RSC* 2009.675. Voir déjà : CEDH, *Gradinger c. Autriche*, 23 oct. 1995, préc. Voir par exemple V. Malabat, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d'identité », art. préc., n° 27.

²⁵⁶⁴ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 19.

²⁵⁶⁵ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 23 et 24.

pertinent pour l'applicabilité du principe non bis in idem au regard de l'article 4 § 1 du Protocole n° 7 ». Cette position se comprend dès lors que la position inverse permettrait aux États de déterminer le champ d'application de l'article, ce que la Cour juge risquer de « conduire à des résultats incompatibles avec l'objet et le but de la Convention (voir, en dernier lieu, *Storbråten c. Norvège (déc.)*, n° 12277/04, 1er février 2007, avec d'autres références) ». La Cour retient dès lors une approche similaire des termes « procédure pénale » et « matière pénale » ou « peine »²⁵⁶⁶. La Cour poursuit en mettant en œuvre les critères dégagés dans l'arrêt *Engel*²⁵⁶⁷. Il ressort clairement de cette décision que la Cour retient, comme à son habitude, une compréhension matérielle de la matière pénale, conduisant potentiellement à appliquer l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel en présence de sanctions qualifiées en droit interne d'administratives ou de civiles²⁵⁶⁸.

Cette question ne posant, en l'absence de réserve, pas de difficulté, c'est sur un autre point que l'arrêt *Zolotoukhine* retient l'attention. Dans sa jurisprudence antérieure, la Cour européenne des droits de l'homme avait successivement adopté trois positions distinctes pour déterminer « si les infractions pour lesquelles un requérant a été poursuivi étaient les mêmes »²⁵⁶⁹. Selon la première, dès lors que le comportement du justiciable était unique, l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel s'opposait à une pluralité de poursuites, peu important la nature et le but des « infractions »²⁵⁷⁰. Selon une approche opposée, la Cour avait par la suite admis un « cumul idéal d'infractions », lorsqu'un même comportement constituait plusieurs infractions distinctes pouvant être jugées dans le cadre de procédures distinctes²⁵⁷¹. Retenant une position intermédiaire, la Cour avait enfin considéré qu'un cumul idéal d'infractions était admissible à condition que les « éléments essentiels » des deux infractions ne soient pas les mêmes²⁵⁷², se rapprochant de ce fait de la position jurisprudentielle française²⁵⁷³.

²⁵⁶⁶ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 52 : « Les termes “procédure pénale” employés dans le texte de l'article 4 du Protocole n° 7 doivent être interprétés à la lumière des principes généraux applicables aux expressions “accusation en matière pénale” et “peine” figurant respectivement à l'article 6 et à l'article 7 de la Convention (*Haarvig c. Norvège (déc.)*, n° 11187/05, 11 décembre 2007, *Rosenquist c. Suède (déc.)*, n° 60619/00, 14 septembre 2004, *Manasson c. Suède (déc.)*, n° 41265/98, 8 avril 2003, *Göktan c. France*, n° 33402/96, § 48, CEDH 2002-V, *Malige c. France*, 23 septembre 1998, § 35, Recueil 1998-VII, et *Nilsson c. Suède (déc.)*, n° 73661/01, CEDH 2005-XIII) ».

²⁵⁶⁷ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 53.

²⁵⁶⁸ Voir par exemple : L. Ayrault, « Le renforcement des sanctions », *Dr. fisc.* 2014, 701, n° 7.

²⁵⁶⁹ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 70.

²⁵⁷⁰ CEDH, *Gradinger c. Autriche*, préc., § 55 ; CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 71.

²⁵⁷¹ CEDH, *Oliveira c. Suisse*, 30 juill. 1998, n° 25711/94, § 22 à 29 ; CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 72.

²⁵⁷² Voir notamment : CEDH, *Franz Fischer c. Autriche*, 29 mai 2001, n° 37950/97, § 25.

²⁵⁷³ Cf *supra*, n° 656.

Abandonnant cette dernière approche, la Cour européenne des droits de l'homme revint, dans l'arrêt *Zolotoukhine* à sa solution originelle, affirmant que « l'article 4 du Protocole n° 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »²⁵⁷⁴. De ce fait, la Cour européenne revient d'une prise en compte des éléments essentiels vers l'identité des faits matériels²⁵⁷⁵.

659. L'affaire *Grande Stevens et autres c. Italie*. En dépit de son intérêt majeur pour la compréhension de *ne bis in idem*, l'arrêt *Zolotoukhine* laisse ouvert, en droit français, une difficulté majeure, la France ayant formulé une réserve d'interprétation visant précisément à contrarier l'application de l'article 4 aux mesures répressives extrapénales. Certes, dans l'arrêt *Gradinger c. Autriche*, la Cour européenne des droits de l'homme avait déjà rejeté le jeu d'une réserve Autrichienne à l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel²⁵⁷⁶. La Cour eut, à l'occasion de l'affaire *Grande Stevens et autres c. Italie*²⁵⁷⁷ l'occasion de préciser sa position, concernant une réserve formulée par l'Italie, en tout point similaire à la réserve française. Cette affaire concernait le marché boursier italien. Plusieurs individus, dont Me Grande Stevens, avaient fait l'objet de sanctions pécuniaires administratives en raison de la diffusion de fausses informations sur le marché. Les faits ayant par ailleurs été dénoncés au parquet, lors de la procédure pénale, le tribunal de Turin déclara manifestement mal fondée la question incidente de constitutionnalité tirée de l'interdiction d'un double procès pénal et administratif pour un même fait. Selon le tribunal, les deux articles mis en œuvre ne punissaient pas un même fait, seule la disposition pénale supposant une conduite « de nature à provoquer une altération importante de la valeur d'instruments financiers » ainsi qu'une intention dolosive²⁵⁷⁸.

²⁵⁷⁴ CEDH, *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 82.

²⁵⁷⁵ F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 431 et s. ; D. Roets, « L'article 4 du Protocole n° 7 (*non bis in idem*) dopé par la Grande Chambre », art. préc..

²⁵⁷⁶ CEDH, *Gradinger c. Autriche*, préc., § 49 et s..

²⁵⁷⁷ CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc. ; F. Stasiak, « Une conception du juge pénal français difficilement conciliable avec elle de la Cour européenne des droits de l'homme (2/2) », *RSC* 2014.110 ; J.-P. Margénaud, « L'affirmation du principe du non-cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales en matière économique », *RSC* 2015.169 ; G. Eckert, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », *Rev. jur. éco. pub.* 2014, comm. 48 ; H. Matsopoulou, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », *Rev. soc.* 2014.675. Voir également en matière fiscale : CEDH, *Lucky Dev c. Finlande*, 27 janv. 2015, n° 7356/10.

²⁵⁷⁸ CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., § 46.

Le tribunal avait par ailleurs rejeté les arguments des défendeurs tirés de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de cumul de punitions pénale et administrative, affirmant qu'« elle se rapportait à des cas où un même fait était puni par des sanctions pénales et administratives et où ces dernières avaient un caractère punitif et pouvaient comprendre des privations de liberté ou bien (affaire *Ruotsalainen*) étaient d'un montant supérieur à l'amende pénale »²⁵⁷⁹. La Cour d'appel de Turin, qui condamna pénalement plusieurs des prévenus retint selon un raisonnement similaire à celui du tribunal qu'il n'y avait pas de violation de *ne bis in idem*²⁵⁸⁰. La Cour européenne des droits de l'homme, appelée à statuer sur cette affaire commença par s'intéresser à la réserve italienne en vertu de laquelle l'article 4 du protocole ne s'appliquait « qu'aux infractions, aux procédures et aux décisions qualifiées de pénales par la loi italienne », soulignant au passage la similarité de cette disposition avec la réserve française²⁵⁸¹. Rappelant les conditions de validité des réserves à la Convention ou aux protocoles additionnels, la Cour constate que l'Italie n'a pas soumis d'exposé des lois concernés par la réserve, ce qui, selon sa jurisprudence, constitue une condition de fond de validité de la réserve. Dès lors, la réserve italienne était nécessairement invalide²⁵⁸². Une fois cette réserve écartée, la Cour, rappelant la position de l'affaire *Zolotoukhine*, affirme que *ne bis in idem* prohibe de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits qui sont en substance les mêmes », la différence dans le champ d'application théorique des sanctions ou dans la matérialité des peines infligées semblant dès lors indifférente²⁵⁸³.

À l'issue de l'arrêt *Grande Stevens*, la position de la Cour européenne des droits de l'homme quant à l'application de *ne bis in idem* apparaît ainsi exigeante. Non susceptible de faire l'objet d'une réserve générale et abstraite²⁵⁸⁴, la règle s'applique à

²⁵⁷⁹ CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., § 47.

²⁵⁸⁰ CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., § 51.

²⁵⁸¹ CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., § 204.

²⁵⁸² CEDH, *Grande Stevens et autres c. Italie*, préc., § 211 ; H. Matsopoulou, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », art. préc., n° 15 et s..

²⁵⁸³ Voir par exemple : H. Matsopoulou, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », art. préc., n° 17 et s..

²⁵⁸⁴ F. Drummond, « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », art. préc. ; A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « Pour un tribunal des marchés financiers », *BJB* 2015/1, p. 24. Semblant critiquer cette lecture des réserves à l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel, voir par exemple : O. Dufour, « *Ne bis in idem* : un principe simple, une mise en œuvre complexe », *LPA* 2015/206, p. 4. Il a été soutenu que la réserve française pourrait ne pas être contraire à la Convention, ce que pouvait sembler étayer une lecture *a contrario* de l'arrêt *A. et B. c. Norvège* de la CEDH (CEDH, *A. et B. c. Norvège*, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11, § 117 : « Signalons que les réserves

l'ensemble de la matière pénale, quelles que soient les qualifications nationales, et s'applique tant aux condamnations qu'aux poursuites²⁵⁸⁵. Notre droit interne a certes connu des évolutions, à la suite de cette décision, pour se mettre en conformité avec la position de la Cour. Il semble pourtant toujours en deçà des exigences européennes²⁵⁸⁶.

660. La position de la CJUE. Au sein de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, l'article 50 prévoit que « Nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union par un jugement pénal définitif conformément à la loi »²⁵⁸⁷. C'est donc uniquement la personne ayant fait l'objet d'une décision définitive qui peut invoquer le principe *ne bis in idem* tel qu'il résulte de la Charte²⁵⁸⁸. Dès les premières décisions, la Cour de justice adopta une position proche de celle de la Cour européenne des droits de l'homme. Ainsi, dans l'arrêt *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*²⁵⁸⁹, la Cour de justice affirma que si « l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits [...] une combinaison de sanctions fiscales et pénales » à l'inverse « lorsque la sanction fiscale revêt un caractère pénal, au sens de l'article 50 de la Charte, et est devenue définitive [...] ladite disposition s'oppose à ce que des

formulées par l'Autriche et l'Italie ont été jugées non valables parce qu'elles n'étaient pas accompagnées d'un bref exposé de la loi en cause comme le veut l'article 57 § 2 [...], contrairement à la réserve émise par la France ». S. Detraz, « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », art. préc. ; M. Guyomar, « Les réserves accompagnant un traité ou un accord international constituent des actes de gouvernement », *GP* 2019/5, p. 26 ; D. Ritleng, « Le juge administratif applique les réserves à un traité international sans pouvoir en examiner la validité », *RTD eur.* 2019.537. Il faut pourtant reconnaître que la validité de cette réserve est loin d'être évidente, le Gouvernement ayant même renoncé à la soulever concernant le cumul des sanctions édictées aux articles L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier : CEDH, *Nodet c. France*, 6 juin 2019, n° 47342/14, § 35, R. Salomon, « Double sanction pénale et administrative d'une manipulation de cours : la France condamnée par la CEDH pour violation du principe *ne bis in idem* », *BJB* 2019/4, p. 10. Voir également, sur le refus du Conseil d'État d'apprécier la validité de la réserve française : X. Dupré de Boulois, L. Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'Homme », *RFDA* 2019.740.

²⁵⁸⁵ H. Matsopoulou, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », art. préc., n° 16.

²⁵⁸⁶ Sur les disparités entre la conception française et européenne, voir notamment : H. Matsopoulou, « Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », art. préc., n° 20 et 21 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 629.

²⁵⁸⁷ Sur les autres mesures du droit européen en matière de non-cumul des peines ou des poursuites, voir notamment : Convention d'application de l'accord de Schengen, art. 54 : « Une personne qui a été définitivement jugée par une Partie contractante ne peut, pour les mêmes faits, être poursuivie par une autre Partie contractante, à condition que, en cas de condamnation, la sanction ait été subie ou soit actuellement en cours d'exécution ou ne puisse plus être exécutée selon les lois de la Partie contractante de condamnation ». D. Bernard, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », art. préc., n° 3. En matière concurrentielle, la Cour de justice a également admis le cumul de sanctions administratives, à la manière du Conseil constitutionnel, dès lors que la seconde sanction tenait compte de la première. Voir par exemple : B. Aubert, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », *AJ pénal* 2015.175.

²⁵⁸⁸ Que cette décision constitue en une condamnation, un acquittement ou un non-lieu : D. Bernard, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », art. préc., n° 19.

²⁵⁸⁹ CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc., N. Devouèze, « CJUE : principe *ne bis in idem* et cumul de sanctions », *Dalloz actu* 14 mars 2013 ; B. Aubert, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », art. préc. ; F. Benoît-Rohmer, « Chronique Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », *RTD eur.* 2015.184.

poursuites pénales pour les mêmes faits soient diligentées contre une même personne »²⁵⁹⁰. Des différences entre la position des deux cours européennes ont pourtant été soulignées²⁵⁹¹. Celles-ci tiendraient, d'une part, à l'autonomie que conserve la Cour de justice pour considérer qu'une sanction relève ou non de la matière pénale²⁵⁹². Elles tiendraient, surtout, à la précision opérée par la Cour selon laquelle le cumul serait contraire à *ne bis in idem* « à condition que les sanctions restantes soient effectives, proportionnées et dissuasives »²⁵⁹³.

Concernant le sens de « idem », la Cour a, sous l'empire des consécutions antérieures du principe en droit communautaire, affirmé qu'il renvoyait à « l'identité de faits matériels »²⁵⁹⁴, la pluralité de qualifications juridiques n'excluant pas l'application de la règle²⁵⁹⁵. Cette interprétation est transposable à l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux²⁵⁹⁶.

2 – Une conciliation imparfaite de la jurisprudence française et des jurisprudences européennes.

661. De ce rapide examen de la compréhension de *ne bis in idem* par les instances et juridictions appelées à appliquer ce principe, certaines différences apparaissent immédiatement, la position du Conseil constitutionnel et de l'ensemble des juridictions internes apparaissant notamment sensiblement en retrait de celle de la Cour européenne. La Cour ne pouvant se satisfaire d'une protection inférieure aux

²⁵⁹⁰ CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc., § 34 et § 37.

²⁵⁹¹ Voir par exemple sur cette question : M. Robert, « Le principe *non bis in idem* : vers un bouleversement du droit français de la sanction ? », *AJ pénal* 2016.475.

²⁵⁹² L. Usunier, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », art. préc. ; F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G* 2015, 368.

²⁵⁹³ CJUE, *Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, préc., § 36. L. Usunier, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », art. préc. ; B. Aubert, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », préc. ; D. Ritleng, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.* 2013.267, III-A.

²⁵⁹⁴ CJCE, *Van Esbroek*, 9 mars 2006, C-436/04, § 36 ; D. Bernard, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », art. préc., n° 12.

²⁵⁹⁵ CJCE, *Van Esbroek*, préc., § 28 et s..

²⁵⁹⁶ D. Bernard, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », art. préc., n° 13. Il faut toutefois souligner une spécificité au niveau européen des sanctions en matière de concurrence. CJUE, *Toshiba Corporation et autres c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, 14 févr. 2012, C-17/10, § 97 : « La Cour a considéré, dans des affaires relevant du droit de la concurrence, que l'application du principe *ne bis in idem* était soumise à la triple condition d'identité des faits, d'unité de contrevenant et d'unité de l'intérêt juridique protégé ». L'exigence d'une unité de l'intérêt juridique protégé semble alors rapprocher la position de la Cour de justice de celle des juridictions françaises. Elle crée ce faisant un décalage avec la position de la Cour européenne des droits de l'homme qui ne se retrouve pas dans les autres domaines : CJCE, *Van Esbroek*, préc., § 32. Voir sur ce sujet : D. Bernard, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », art. préc., n° 16.

exigences qu'elle avait fixées²⁵⁹⁷, cette divergence appelait nécessairement certaines évolutions. À l'examen, les évolutions semblent doubles. Le Conseil constitutionnel, quoique dans une mesure incertaine, a renforcé ses exigences en matière de cumul de mesures répressives pénales et extrapénales. À l'inverse, les cours européennes paraissent avoir assoupli leur position pour tenir compte des « procédures répressives intégrées ». Ce « chassé-croisé » des jurisprudences constitutionnelle et européenne (a) aboutit à un résultat d'une grande complexité rendant, dans une certaine mesure, les conclusions quant à l'application de *ne bis in idem* aux sanctions pécuniaires civiles incertaines (b).

a – Le chassé-croisé des jurisprudences constitutionnelle et européenne

662. Une évolution incertaine de la position du Conseil constitutionnel²⁵⁹⁸.

L'influence de l'arrêt *Grande Stevens* sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel, si elle est indéniable, est néanmoins incertaine. Confronté à un cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales en matière de marchés financiers, le Conseil constitutionnel dans une décision du 18 mars 2015²⁵⁹⁹ fit en partie évoluer sa jurisprudence concernant le cumul de sanctions administratives et pénales. Le Conseil était, à cette occasion, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité concernant le cumul de sanctions possibles entre l'article L. 465-1 et l'article L. 621-15 du Code monétaire et financier quant aux délits et aux manquements d'initiés²⁶⁰⁰. Bien que le

²⁵⁹⁷ Cf *supra*, n° 571 et 572.

²⁵⁹⁸ Bien que l'évolution de la jurisprudence constitutionnelle à la suite de la décision *Grande Stevens* ait concentré l'essentiel de l'attention, on peut également souligner que la Cour de cassation avait, entre la décision *Grande Stevens* et la décision constitutionnelle du 18 mars 2015, retenu une position en retrait par rapport à celle de la Cour européenne des droits de l'homme, s'appuyant sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, en admettant le cumul d'une sanction administrative prononcée par l'AMF pour manipulations de cours puis d'une condamnation pénale prononcée pour les mêmes faits : Crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579. M. Robert, « Le principe *non bis in idem* : vers un bouleversement du droit français de la sanction ? », art. préc. ; L. de Graëve, « Réflexions sur le souhait de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure (à propos de Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 et Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-29.166) », art. préc..

²⁵⁹⁹ CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015, O. Decima, « Le fantôme de *ne bis in idem* », *D.* 2015.874 ; A.-V. Le Fur, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.* 2016.1091 ; A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », *D.* 2015.894 ; J. Pradel, « Procédure pénale », *D.* 2015.1738, *loc. cit.* ; F. Stasiak, « Cumul de poursuites pénales et administratives », *RSC* 2015.374 ; F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », art. préc. ; J.-H. Robert, « Plus de cumul entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », *JCP G* 2015, 369 ; O. Dufour, « C'est la fin des doubles poursuites... au terme de 26 ans de combat », *LPA* 2015/59, p. 4 ; J.-M. Moulin, « Le cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *GP* 2015/128-132, p. 7 ; H. Matsopoulou, « La fin partielle des poursuites pour manquement et pour délit d'initié », *Rev. soc.* 2015.380.

²⁶⁰⁰ CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., considérants n° 16 et 18.

Conseil ne consacre pas la valeur constitutionnelle du principe *ne bis in idem*²⁶⁰¹, fondant sa décision sur le principe de nécessité et de proportionnalité des peines, l'application de celui-ci en présence de sanctions punitives pénales et administratives évolua sensiblement.

663. Les critères dégagés par le Conseil constitutionnel. Le Conseil dégagea, à l'occasion de cette décision, quatre critères pour vérifier la nécessité et la proportionnalité des peines en cas de cumul entre sanctions pénales et administratives²⁶⁰².

Le conseil commence par vérifier l'identité des faits visés par les textes instaurant des sanctions pénales et administratives. Ce premier critère semblait incontestablement rempli concernant les textes déferés, ceux-ci prohibant la communication illicite d'informations privilégiées en des termes si proches qu'il ne semblait pas discutable que « les dispositions contestées tend[ai]ent à réprimer les mêmes faits »²⁶⁰³. La méthode adoptée par le Conseil sur ce point diffère naturellement de celle retenue par la Cour européenne des droits de l'homme dans la mesure où le Conseil ne s'intéresse pas à l'unicité des faits ayant donné lieu en l'espèce à l'application d'une pluralité de sanctions mais au recoupement théorique entre les textes d'incrimination²⁶⁰⁴. Au-delà de cette divergence inhérente à la différence de nature des contrôles opérés, le premier critère mis en œuvre par le Conseil

²⁶⁰¹ C. Mauro, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », *AJ pénal* 2015.172 ; F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », art. préc.. Soulignant néanmoins que le Conseil vise directement les poursuites et non les condamnations, si bien que le principe *ne bis in idem* devrait être explicitement visé : O. Decima, « Le fantôme de *ne bis in idem* », art. préc..

²⁶⁰² N. Rontchevsky, « Les sanctions administratives de l'AMF pour manquement d'initié ne sont pas toujours de même nature que les sanctions pénales du délit d'initié », *RTD com.* 2016.151 ; M. Babonneau, « Le non bis in idem fiscal aux portes du Conseil constitutionnel », *Dalloz actu aff.*, 31 mars 2016 ; J. Pradel, « Procédure pénale », *D.* 2015.1738, *loc. cit.*

²⁶⁰³ CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, *préc.*, considérant n° 24. Sur le rapprochement de l'élément moral entre délit et manquement d'initié : H. Matsopoulou, « La fin partielle des poursuites pour manquement et pour délit d'initié », art. préc., n° 11 et 12. Voir toutefois : F. Stasiak, « Démêlage de "nœuds" *bis in idem* ? », *RSC* 2019.383 ; F. Martin Laprade, « Contentieux boursier : abus de marché et autres manquements », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2017 (actualisation déc. 2019), n° 310.

²⁶⁰⁴ *Contra* : C. Malverti, C. Beauvils, « Sous des étoiles contraires : le juge administratif face au *ne bis in idem* », *AJDA* 2019.1150. Se fondant sur le considérant 19 de la décision du 18 mars 2015, les auteurs considèrent que le Conseil retient une approche matérielle, s'intéressant « au comportement matériel plutôt qu'à l'incrimination », dans la mesure où le Conseil vise « les mêmes faits commis par une même personne ». L'interprétation semble pourtant erronée. La question du cumul ne se pose naturellement que si deux sanctions s'appliquent aux mêmes faits commis par une même personne, aux mêmes faits matériels (J. Chacornac, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *RSC* 2019.333). Il s'agit cependant d'un prérequis qui n'enlève rien au fait que le Conseil, au stade des critères de contrôle, s'attache bien à contrôler si « les dispositions contestées tendent à réprimer les mêmes faits ». On voit alors que l'analyse du Conseil ne porte pas seulement sur l'unicité matérielle du comportement réprimé mais sur l'identité théorique des faits visés par les dispositions répressives.

constitutionnel rejoint largement la position précédemment adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁰⁵.

Le second critère mis en œuvre par le Conseil repose sur l'identité des intérêts protégés. Le Conseil constate à cet égard que « la répression du manquement d'initié et celle du délit d'initié poursuivent une seule et même finalité de protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers », que ce soit face aux agissements des professionnels des marchés ou de ceux de toute personne ayant utilisé illégalement une information privilégiée²⁶⁰⁶.

Le troisième critère mis en œuvre repose sur l'identité de nature des sanctions encourues²⁶⁰⁷. De ce point de vue, le Conseil considère que bien que seul l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier puisse donner lieu au prononcé d'une peine privative de liberté, la gravité des sanctions pécuniaires pouvant être prononcées par l'Autorité des marchés financiers, « jusqu'à plus de six fois celles encourues devant la juridiction pénale en cas de délit d'initié », ainsi que les éléments pris en compte dans la fixation des sanctions administratives et pénales, conduisent à regarder ces sanctions comme étant de même nature. L'affirmation selon laquelle des sanctions privatives de liberté et des sanctions pécuniaires peuvent présenter une nature similaire peut laisser perplexe²⁶⁰⁸. *A minima* peut-on penser que cette décision va dans le sens d'une reconnaissance du caractère artificiel de la distinction des amendes pénales et extra-pénales²⁶⁰⁹.

Enfin, le Conseil constitutionnel constate que l'examen des sanctions litigieuses relève du même ordre de juridiction, dès lors que les recours formés contre les décisions individuelles de l'Autorité des marchés financiers sont généralement de la compétence des juridictions judiciaires²⁶¹⁰.

²⁶⁰⁵ Cf *supra*, n° 658 et 659. F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », art. préc.. Soulignant néanmoins les différences avec l'approche de la CEDH : O. Decima, « Le fantôme de *ne bis in idem* », art. préc..

²⁶⁰⁶ CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., considérant n° 25.

²⁶⁰⁷ CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., considérant n° 26.

²⁶⁰⁸ J.-H. Robert, « Plus de cumul entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », art. préc.. Il a cependant été avancé que la prison constituerait en matière de délit d'initié un « pantomime » : O. Dufour, « C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat », art. préc.. Sur l'analyse classique en droit pénal concernant la nature des peines voir par exemple : M. Herzog-Evans, « Confusion de peines », art. préc., n° 11.

²⁶⁰⁹ H. Matsopoulou, « La fin partielle des poursuites pour manquement et pour délit d'initié », art. préc., n° 14 ; G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail, « Droit pénal », D. 2015. 2465.

²⁶¹⁰ CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., considérant n° 27.

De l'ensemble de ces constats²⁶¹¹, le Conseil déduit que la possibilité de cumul des sanctions édictées par les articles L. 465-1 et L. 621-15 du Code monétaire et financier²⁶¹² méconnaît le principe de nécessité des délits et des peines²⁶¹³.

664. La compatibilité des critères dégagés par le Conseil constitutionnel avec la jurisprudence européenne. La décision du 18 mars 2015 peut sembler aller dans le sens d'une harmonisation des jurisprudences européennes et du Conseil constitutionnel. Elle participe sans doute d'un renforcement du principe *ne bis in idem* sous l'influence des solutions européennes, aboutissant à une interdiction du cumul tant des sanctions que des poursuites en matière de divulgation illicite d'une information privilégiée²⁶¹⁴. Les différences entre les arrêts *Zolotoukhine* et *Grande Stevens*, d'une part, et la décision du Conseil constitutionnel, d'autre part, sont pourtant certaines²⁶¹⁵. Au-delà des points de divergence précédemment évoqués entre le premier critère mis en œuvre par le Conseil constitutionnel et les décisions européennes²⁶¹⁶, les deuxièmes et troisièmes critères mis en œuvre par le Conseil constitutionnel pourraient *a priori* être compatibles avec ceux mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme pour définir la matière pénale²⁶¹⁷. Une interprétation divergente semble cependant possible²⁶¹⁸. On peut de plus constater que là où les critères mis en œuvre par la Cour peuvent être alternatifs²⁶¹⁹, ceux dégagés par le Conseil constitutionnel semblent cumulatifs²⁶²⁰. Surtout, le dernier critère mis en avant par le Conseil, l'identité de l'ordre de juridiction compétent, ne correspond à aucun critère mis en œuvre par la

²⁶¹¹ Le Conseil constitutionnel résume ces différents critères en affirmant « qu'il résulte de tout ce qui précède que les sanctions du délit d'initié et du manquement d'initié ne peuvent, pour les personnes autres que celles mentionnées au paragraphe II de l'article L. 621-9 du code monétaire et financier, être regardées comme de nature différente en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction » : CC, Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, préc., considérant n° 28. Voir déjà pour une formulation extrêmement proche : CE, 22 oct. 2014, n° 364384.

²⁶¹² En effet, bien que l'article L. 621-16 ait envisagé le cas d'un cumul de sanctions pénales et administratives, il n'excluait pour autant pas la mise en œuvre d'un tel cumul.

²⁶¹³ *Ibid.*

²⁶¹⁴ J. Pradel, « Procédure pénale », *D.* 2015.1738, *loc. cit.* ; F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », art. préc..

²⁶¹⁵ Voir par exemple : O. Dufour, « C'est la fin des doubles poursuites ... au terme de 26 ans de combat », art. préc..

²⁶¹⁶ *Cf supra*, n° 663.

²⁶¹⁷ C. Mauro, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », art. préc. ; G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginstet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail, « Droit pénal », *D.* 2015. 2465, préc.. Concernant la nature de la mesure : H. Matsopoulou, « La fin partielle des poursuites pour manquement et pour délit d'initié », *loc. cit.*

²⁶¹⁸ F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », art. préc. ; B. Charot, « *Non bis in idem* : l'utilisation de ce principe dans la stratégie contentieuse en droit des affaires », *JCP E* 2015, 1400, n° 13.

²⁶¹⁹ *Cf supra*, n° 530.

²⁶²⁰ C. Mauro, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », art. préc..

Cour européenne des droits de l'homme²⁶²¹, permettant au Conseil de réduire l'interdiction du cumul de procédures et de sanctions répressives pour des mêmes faits en deçà des exigences des cours européennes²⁶²².

665. Le recul postérieur de l'interdiction du cumul de sanctions appliquées aux mêmes faits. Face aux incertitudes résultant de la décision du 18 mars 2015 du Conseil constitutionnel, deux évolutions paraissaient envisageables. Une compréhension ouverte des différents critères posés par le Conseil pouvait conduire, sinon à un décalque de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, du moins à un rapprochement sensible à travers la création d'un véritable principe constitutionnel de prohibition des poursuites et des sanctions concernant un même fait. C'est, à l'inverse, une compréhension extrêmement restrictive qui a été adoptée, réduisant l'avancée de la décision du 18 mars 2015 à peau de chagrin.

666. L'admission du cumul de sanctions entre amende civile et sanction pénale en matière d'action pénale injustifiée. Une telle lecture fut notamment celle de la Cour de cassation, en matière d'amende civile, concernant le cumul des articles 177-2 du Code de procédure pénal et 226-10 du Code pénal. Le premier de ces textes offre la possibilité au juge d'instruction « Lorsqu'il rend une ordonnance de non-lieu à l'issue d'une information ouverte sur constitution de partie civile [...] s'il considère que la constitution de partie civile a été abusive ou dilatoire » de prononcer contre la partie civile une amende civile pouvant atteindre 15 000 euros. Le second réprime la dénonciation calomnieuse de faits susceptibles d'entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires d'une peine maximum de cinq ans d'emprisonnement

²⁶²¹ F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », art. préc. : « C'est, principalement, la condition tenant à l'unicité de la juridiction qui, cantonnant étroitement le champ d'application de l'interdiction du cumul des répressions administrative et pénale, s'avère contraire à la jurisprudence de la Cour EDH. Une telle condition n'est nullement posée par cette dernière, le principe *non bis in idem* trouvant à s'appliquer quel que soit l'ordre de juridiction compétent pour connaître par voie de recours des sanctions administratives en cause. *C'est un principe non bis in idem "au rabais" que consacre la décision QPC commentée*, (en gras dans le texte) qui, confirmant la jurisprudence antérieure du Conseil, n'interdit pas, à la différence du principe *non bis in idem* au sens de la Convention EDH, le cumul des poursuites et sanctions administratives et pénales dans les nombreuses hypothèses – sanctions prononcées par les autorités administratives indépendantes (CSA, Autorité de contrôle prudentiel...), sanctions disciplinaires émanant des juridictions disciplinaires des ordres professionnels, amendes de la CDBF, sanctions fiscales – où celles-ci relèvent de deux ordres de juridictions différents, la juridiction administrative et la juridiction pénale ». Voir également : D. Schmidt, A.-V. Le Fur, « *Ne bis in idem* : et les PSI », *BJB* 2015/5, p. 193.

²⁶²² Pour une présentation comparée des différentes positions : N. Catelan, « Constitution vs CESDH vs UE : *ne bis in idem* et la répression des opérations d'initiés », *RSC* 2016.467. Sur un point cependant la position du Conseil semble plus stricte : la Cour admet le cumul de poursuites dès lors qu'aucune décision définitive n'est intervenue : R. Parizot, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal* 2015.173.

et de 45 000 euros d'amende. Confronté à l'application conjointe de ces mesures répressives, la Cour rejeta l'application de l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales²⁶²³. Dans un attendu extrêmement clair, la Cour de cassation énonce que « la demanderesse ne saurait soutenir qu'en application de la règle non bis in idem prévue à l'article 4 du protocole n° 7 additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme, le prononcé d'une amende civile exclut celui d'une sanction pour dénonciation calomnieuse, dès lors que les intérêts protégés respectivement par les articles 177-2 du code de procédure pénale et 226-10 du code pénal sont distincts, le premier sanctionnant une atteinte à une bonne administration de la justice tandis que le second réprime un comportement destiné à nuire à autrui ». La solution paraît d'abord cohérente avec la résolution classique du conflit idéal d'infraction. Adoptant un raisonnement éprouvé en droit pénal *stricto sensu*²⁶²⁴, la décision pourrait convaincre²⁶²⁵. À cela s'ajoute qu'en insistant sur la différence de finalités pour justifier le cumul de sanctions, la solution rendue se place dans la lignée du deuxième critère dégagé par le Conseil constitutionnel²⁶²⁶. Extrêmement fidèle aux solutions nationales, l'arrêt s'éloigne toutefois des positions adoptées par la Cour européenne des droits de l'homme²⁶²⁷.

667. La confirmation de la faiblesse de l'interdiction constitutionnelle des doubles poursuites et sanctions répressives. Les incertitudes laissées ouvertes par la décision du 18 mars 2015 ne pouvant persister indéfiniment, le Conseil constitutionnel précisa le sens qu'il entendait donner aux différents critères qu'il avait dégagé. Dans cette décision précédente, le Conseil avait eu à connaître de la validité de l'article

²⁶²³ Crim., 22 sept. 2015, préc.. *Adde* : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 685.

²⁶²⁴ *Cf supra*, n° 656. Elle est par ailleurs cohérente avec les jurisprudences postérieures retenues en droit pénal. Ainsi dans un arrêt du 16 avril 2019 (Crim., 16 avr. 2019, préc.), la chambre criminelle admet le cumul de deux infractions au motif « que la seconde incrimination tend à la protection spécifique [d'un intérêt que la première incrimination] exclut expressément de son propre champ d'application, de sorte que seul le cumul de ces deux chefs de poursuite permet d'appréhender l'action délictueuse dans toutes ses dimensions ». S. Fucini, « Principe *ne bis in idem* et cumul de qualification : régression de la protection ? », *Dalloz actu.*, 16 mai 2019.

²⁶²⁵ Y. Mayaud, « Lorsque la dénonciation calomnieuse est constitutive d'un abus de constitution de partie civile, ou du principe *ne bis in idem* », *RSC* 2016.66 : « La décision est parfaite, tant pour reposer sur un raisonnement classique, que pour en confirmer la solidité ».

²⁶²⁶ *Cf supra*, n° 663.

²⁶²⁷ E. Dreyer, « Punir autant que nécessaire pour protéger des intérêts ? », art. préc.. L'auteur souligne également l'absence de cohérence de la solution française en matière de cumul idéal d'infraction du fait de l'absence d'exigence en droit français d'une atteinte effective à une valeur protégée. Voir également pour une critique de ce critère : C. Malverti, C. Beaufile, « Sous des étoiles contraires : le juge administratif face au *ne bis in idem* », art. préc..

L. 621-15 du Code monétaire et financier dans sa rédaction issue de la loi du 4 août 2008 de modernisation de l'économie²⁶²⁸. Par deux arrêts du 14 octobre 2015 et un arrêt du 10 décembre 2015, la Chambre commerciale de la Cour de cassation transmet au Conseil des questions prioritaires de constitutionnalité tenant aux versions de l'article issues de la loi du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social²⁶²⁹, de la loi du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures²⁶³⁰ et de l'ordonnance du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance²⁶³¹. La version de l'article L. 621-15 issue de la loi de 2006 différait de celle censurée précédemment par le Conseil constitutionnel en ce que le montant maximal de l'amende administrative ne faisait qu'égaliser celui de l'amende pénale. Le Conseil constitutionnel, s'appuyant sur le fait que la sanction pénale pouvait également constituer en une peine d'emprisonnement concernant une personne physique et était multipliée par cinq concernant les personnes morales, en conclut que « les faits prévus et réprimés par les articles précités doivent être regardés comme susceptibles de faire l'objet de sanctions de nature différente »²⁶³². Ce faisant, le Conseil constitutionnel considère que le cumul de ces sanctions ne méconnaît pas le principe de nécessité et de proportionnalité des peines.

Cette interprétation du troisième critère précédemment dégagé par le Conseil constitutionnel semble critiquable par plusieurs aspects. La méthode peut surprendre en elle-même²⁶³³. Il ne semble en effet *a priori* pas forcément légitime de lier la nature d'une peine à son *quantum*²⁶³⁴, sauf à ce que par nature on entende que la sanction constitue ou non une peine à laquelle s'appliquent les principes protecteurs de la matière pénale. Même en retenant une telle lecture, la position du Conseil surprend

²⁶²⁸ Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

²⁶²⁹ Loi n° 2006-1770 du 30 décembre 2006 pour le développement de la participation et de l'actionnariat salarié et portant diverses dispositions d'ordre économique et social.

²⁶³⁰ Loi n° 2009-526 du 12 mai 2009 de simplification et de clarification du droit et d'allègement des procédures.

²⁶³¹ Ordonnance n° 2010-76 du 21 janvier 2010 portant fusion des autorités d'agrément et de contrôle de la banque et de l'assurance.

²⁶³² CC, Décision n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janv. 2016, considérant n° 12, C. Mascala, « Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale : deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel », *D.* 2016.1839 ; M. Disant, « Le déjà jugé inconstitutionnel. Changement de circonstances et contexte normatif », *Constitutions* 2016/2, p. 261. Voir également CC, Décision n° 2018-745 QPC, 23 nov. 2018.

²⁶³³ Outre les critiques ici formulées, il a été souligné que seul le plafond fixe de la sanction était pris en compte, ce qui n'est pas nécessairement rationnel dès lors que le plafond mobile est susceptible d'être largement supérieur : F. Stasiak, « Cumul de poursuites : le Conseil constitutionnel n'aurait pas dû statuer deux fois sur les mêmes faits... », *RSC* 2016.293.

²⁶³⁴ F. Stasiak, « Cumul de poursuites : le Conseil constitutionnel n'aurait pas dû statuer deux fois sur les mêmes faits... », art. préc..

dans la mesure où c'est alors la gravité intrinsèque de la mesure, et non la sévérité comparée de la sanction par rapport à une autre, qui semble devoir déterminer les mesures protectrices des justiciables qui s'y appliquent²⁶³⁵. Tel est d'ailleurs la méthode retenue par la Cour européenne des droits de l'homme pour déterminer les mécanismes entrant dans le champ de la matière pénale, conduisant incontestablement le Conseil constitutionnel à entrer en contradiction avec les juges de Strasbourg²⁶³⁶.

668. La jurisprudence du Conseil constitutionnel hors du droit des marchés financiers. C'est surtout dans une décision du 24 juin 2016, rendue en matière de sanctions fiscales, que le Conseil précisa sa position concernant les conséquences du principe de nécessité et de proportionnalité des peines sur le cumul de mesures répressives²⁶³⁷. À cette occasion le Conseil était saisi d'une question portant sur la conformité à la Constitution du cumul des sanctions prévues par l'article 1729 du Code général des impôts et de l'article 1741 du même Code. Le premier de ces textes permet à l'administration fiscale d'infliger une sanction pécuniaire notamment en cas de manœuvres frauduleuses, d'abus de droit ou de manquements délibérés concernant les déclarations permettant de déterminer l'assiette de liquidation de l'impôt. Le second texte réprime les fraudes fiscales les plus graves d'une amende pouvant atteindre 75 000 euros et d'un emprisonnement de cinq ans, ce texte pouvant notamment trouver à s'appliquer en cas de dissimulation volontaire d'une part des sommes sujettes à l'impôt. Les critères précédemment dégagés par le Conseil constitutionnel laissaient penser que le cumul de ces mesures répressives entraînerait la censure constitutionnelle. Ainsi que le soulignaient les requérants²⁶³⁸, la rédaction des deux articles est particulièrement proche, la finalité des deux dispositions est assez semblable et, en matière d'impôt, ces sanctions peuvent relever du même ordre de juridiction. Au regard de la décision du 14 janvier 2016, on pouvait cependant s'interroger sur l'identité de nature des mesures répressives.

²⁶³⁵ O. Décima, « Tombeau de *ne bis in idem* », *D.* 2016.931 ; F. Stasiak, « Cumul de poursuites : le Conseil constitutionnel n'aurait pas dû statuer deux fois sur les mêmes faits... », art. préc.. Voir également sur cette question : A.-V. Le Fur, « La rationalisation des sanctions une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », art. préc..

²⁶³⁶ O. Décima, « Tombeau de *ne bis in idem* », art. préc..

²⁶³⁷ CC, Décision n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016. Voir par exemple : M. Robert, « Le principe *non bis in idem* : vers un bouleversement du droit français de la sanction ? », art. préc..

²⁶³⁸ CC, Décision n° 2016-545 QPC, préc., considérant n° 4 ; M. Collet, P. Collin, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes », *JCP G* 2016, 847 ; C. Mandon, « La guerre contre la fraude fiscale aura bien lieu, commentaire des décisions QPC n° 2016-545 et 546 », *Constitutions* 2016.436.

Tel n'est pourtant pas l'angle retenu par le Conseil pour déclarer conforme à la Constitution le cumul des sanctions considérées. Alors que dans ses décisions précédentes, le Conseil constitutionnel semblait faire reposer la validité du cumul répressif sur l'existence de différences suffisantes entre elles, il s'appuie cette fois sur l'identité de finalité des sanctions²⁶³⁹ pour considérer que « Le principe de nécessité des délits et des peines ne saurait interdire au législateur de fixer des règles distinctes permettant l'engagement de procédures conduisant à l'application de plusieurs sanctions afin d'assurer une répression effective des infractions »²⁶⁴⁰, à condition que les mesures pénales ne s'appliquent qu'aux sanctions les plus graves²⁶⁴¹. De façon classique, le Conseil exige cependant qu'en cas de cumul le montant global des sanctions n'excède pas le montant maximum le plus élevé des sanctions encourues²⁶⁴².

De plus, il semblait possible de voir dans cette décision un abandon, heureux, du critère de l'identité de l'ordre juridictionnel²⁶⁴³, abandon confirmé postérieurement²⁶⁴⁴, réduisant de ce fait à trois les critères mis en œuvre par le Conseil constitutionnel.

669. Le recul des exigences européennes et l'admission des procédures répressives intégrées. Dernière étape de ce « tango jurisprudentiel »²⁶⁴⁵, la Cour européenne des droits de l'homme ouvrit une brèche dans l'application intransigeante qu'elle semblait retenir concernant *ne bis in idem*. Dans l'arrêt *A. et B. c. Norvège* du 15 novembre 2016²⁶⁴⁶, la Cour accepta, en matière fiscale, de distinguer entre les doubles incriminations et un « système intégré permettant de réprimer un méfait sous ses différents aspects de manière prévisible et proportionnée et formant un tout

²⁶³⁹ M. Collet, P. Collin, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes », art. préc..

²⁶⁴⁰ CC, Décision n° 2016-545 QPC, préc., considérant n° 21. Voir également CC, Décision n° 2016-621 QPC, 30 mars 2017, A. Cerf-Hollender, « Cumul de poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger », *RSC* 2017.325.

²⁶⁴¹ On soulignera que l'absence de précision du critère employé par le Conseil constitutionnel pour formuler une telle réserve (E. Daoud, V. de Tonquédec, « L'affaire *Wildenstein*, un cas d'école du traitement de la fraude fiscale par le juge pénal », *AJ pénal* 2017.178) laisse songeur quant au respect du principe de légalité ... Voir par exemple pour une critique de cette décision : D. Schmidt, A.-V. Le Fur, « Infractions boursières et infractions fiscales : quel cumul répressif ? », *BJB* 2016/10, p. 397.

²⁶⁴² CC, Décision n° 2016-545 QPC, préc., considérant n° 24. J. Chacornac, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », art. préc..

²⁶⁴³ J. Chacornac, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », art. préc..

²⁶⁴⁴ CC, Décision n° 2016-572 QPC, 30 sept. 2016, F. Stasiak, « Cumul répressif et diffusion d'informations fausses ou trompeuses », *RSC* 2017.536.

²⁶⁴⁵ D. Roets, « La question du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales : tango jurisprudentiel à Strasbourg », art. préc.. Voir également sur l'évolution de la position de la Cour : M. Véron, G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, op. cit., n° 13.

²⁶⁴⁶ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc..

cohérent »²⁶⁴⁷. Il importe pour cela que les procédures en cause présentent un « lien matériel et temporel suffisant »²⁶⁴⁸. Concernant le lien matériel, plusieurs indices de ce lien sont dégagés par la Cour européenne : complémentarité des buts des différentes procédures, prévisibilité de la mixité de la procédure, interactions entre les autorités compétentes notamment dans le recueil des éléments de preuve et, surtout, prise en compte de la première sanction lors de l’infliction de la seconde sanction²⁶⁴⁹. Reprenant l’idée d’une atténuation des règles de la matière pénale lorsqu’elle ne concerne pas des mesures pénales *stricto sensu*²⁶⁵⁰, la Cour souligne que la mixité de la procédure sera plus facilement admise lorsque l’une des sanctions ne relève pas du « noyau dur » du droit pénal. Concernant le lien temporel, celui-ci doit « être suffisamment étroit pour que le justiciable ne soit pas en proie à l’incertitude et à des lenteurs, et pour que les procédures ne s’étalent pas trop dans le temps »²⁶⁵¹. Suivant l’évolution de la Cour européenne des droits de l’homme, la Cour de justice de l’Union européenne a, à l’occasion de trois arrêts rendus le 20 mars 2018, admis la mise à l’écart de *ne bis in idem* sur le fondement de l’article 52 de la Charte des droits fondamentaux, à condition que cette mise à l’écart soit proportionnée²⁶⁵². Cette évolution rapproche sans conteste la position de la Cour européenne de celle du Conseil constitutionnel²⁶⁵³.

b – Une conclusion incertaine quant aux sanctions pécuniaires civiles.

670. La faiblesse des conséquences du principe appliqué aux sanctions existantes et le risque de condamnation de la France. Ni les cours européennes, ni

²⁶⁴⁷ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 122. Pour une critique de cette solution reposant notamment sur l’application différenciée des principes protecteurs de la matière pénale issus de l’article 6 de la Convention et de l’article 4 protocole n° 7 : D. Roets, « La question du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales : tango jurisprudentiel à Strasbourg », art. préc..

²⁶⁴⁸ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 131.

²⁶⁴⁹ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 132.

²⁶⁵⁰ Cf *supra*, n° 570.

²⁶⁵¹ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 134.

²⁶⁵² CJUE, *Garlsson Real Estate SA*, 20 mars 2018, C-537/16 ; *Menci*, 20 mars 2018, C-524/15 ; *Di Puma*, 20 mars 2018, C-596/16. G. Beaussonie, « Droit pénal des affaires », art. préc., spéc. p. 422.

²⁶⁵³ Outre le fait d’admettre que des procédures répressives puissent s’articuler en un tout cohérent, on peut souligner que le critère tenant aux buts des mesures mis en œuvre n’est pas sans rappeler le second critère dégagé en 2015 par le Conseil constitutionnel, tout comme la prise en compte de la première sanction lors de l’infliction de la seconde rappelle la limite classique posée au cumul de mesures répressives par le Conseil (F. Stasiak, « Démêlage de “nœuds” *bis in idem* ? », art. préc. ; J. Chacornac, « L’articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », art. préc., II-B). Dans l’arrêt *Nodet c. France* (CEDH, *Nodet c. France*, préc., § 48), la Cour s’appuie, concernant les manipulations de cours, sur le fait que le Conseil avait admis, concernant les informations privilégiées, que délits et manquements protégeaient les mêmes intérêts sociaux. Tout en évoluant, la position de la CEDH ne semble cependant toujours pas se superposer parfaitement avec celle de la CJUE : F. Stasiak, « Démêlage de “nœuds” *bis in idem* ? », art. préc..

le Conseil constitutionnel n'ont, à notre connaissance, eu l'occasion d'appliquer directement *ne bis in idem* ou son équivalent constitutionnel fondé sur le principe de nécessité des peines aux sanctions pécuniaires civiles. La Cour de cassation, en revanche, a semblé admettre que l'article 4 du 7^{ème} protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'Homme trouvait à s'appliquer aux amendes civiles²⁶⁵⁴. Elle a toutefois, en appliquant un raisonnement classique en droit pénal concernant le cumul idéal d'infractions reposant sur une différence de valeur sociale protégée, rejeté le pourvoi critiquant l'application cumulée d'une amende civile et d'une sanction pénale pour les mêmes faits, à savoir l'introduction d'une procédure pénale de mauvaise foi. L'application des principes dégagés par le Conseil constitutionnel pouvait sans doute conduire à un tel rejet²⁶⁵⁵. La conformité de cette décision au dernier état de la jurisprudence européenne est en revanche incertaine. Elle diffère incontestablement de l'approche centrée sur l'unicité matérielle des faits réprimés retenue dans les arrêts *Zolotoukhine* et *Grande Stevens*. Cette hypothèse ne correspond-t-elle pas à celle prise en considération dans l'arrêt *A. et B. c. Norvège* d'un système intégré de répression ? Selon la Cour de cassation, les deux dispositions visaient à défendre des valeurs sociales distinctes, la bonne administration de la justice, d'une part, les comportements destinés à nuire à autrui, d'autre part. On peut alors avoir l'impression que « les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi [...] des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause »²⁶⁵⁶. Pourtant, le risque de condamnation semble loin d'être négligeable. Dans l'affaire *A. et B. c. Norvège*, la Cour avait admis le cumul des sanctions fiscales et pénales en constatant que la majoration de l'impôt visait à inciter les contribuables à communiquer des informations complètes et exactes, dissuadant ainsi non seulement des fraudes mais également du manque de rigueur. Elle ajoutait que les sommes perçues visaient à compenser les moyens engagés afin de vérifier l'exactitude des déclarations²⁶⁵⁷. Certes, l'amende civile infligée sur le fondement de l'article 177-2 du Code de procédure pénale permet une compensation du surplus des moyens de la justice mis en œuvre du fait des actions pénales dilatoires ou abusive. À la différence de

²⁶⁵⁴ Cf *supra*, n° 666.

²⁶⁵⁵ Cf *supra*, n° 666. Le champ de l'article 226-10 du Code pénal étant plus large que celui de l'article 177-2 du Code de procédure pénale, on peut souligner que la question ne se pose qu'en cas de déclenchement d'une procédure pénale.

²⁶⁵⁶ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 132.

²⁶⁵⁷ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 144.

l'affaire jugée par la Cour, on peut toutefois remarquer que la condamnation à cette amende semble supposer une véritable intention coupable²⁶⁵⁸, si bien que la distinction des buts visés par les deux « infractions » peut sembler obscure : quelle action dilatoire ou abusive au pénal peut ne pas être destinée à nuire à autrui ? Quelle fausse dénonciation d'un fait de nature à entraîner des sanctions pénales au moyen d'une constitution de partie civile n'entraîne pas de nuisance pour la bonne administration de la justice ? Les finalités des articles 177-2 du Code de procédure pénale et 226-10 du Code pénal ne se superposent sans doute pas toujours. Toutefois, l'appréciation *in concreto* que livre la Cour européenne des droits de l'homme quant au fait que les sanctions concernent des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société²⁶⁵⁹ pourrait conduire à condamner la France pour non-respect de *ne bis in idem*.

671. *Ne bis in idem* et sanctions prospectives. Hormis cette hypothèse, les cas dans lesquels une sanction pécuniaire civile soumise aux principes directeurs du droit pénal est susceptible d'intervenir cumulativement avec une autre mesure répressive semblent, en droit positif, isolés²⁶⁶⁰. La nécessité de résoudre cette difficulté de façon satisfaisante semble toutefois se faire peu à peu plus pressante. On peut ainsi s'interroger sur l'articulation de l'amende civile introduite par l'ordonnance n° 2019-964 du 18 septembre 2019 à l'article 373-2-6 du Code civil, dans le cas où un « parent fait délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée à l'exécution d'une décision, d'une convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ou d'une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale », et les différentes infractions en raisons d'atteintes à l'exercice de l'autorité parentale prévues aux articles 227-5 et suivant du Code pénal. La question deviendrait, par ailleurs, centrale si un mécanisme général, à l'image de celui envisagé par l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile, devait être consacré. Dans le cas où l'amende civile qu'envisage cet article ne serait pas déclarée inconstitutionnelle sur un autre fondement, et bien que le champ d'application de cette

²⁶⁵⁸ Cf *supra*, n° 150.

²⁶⁵⁹ CEDH, *A. et B. c. Norvège*, préc., § 132.

²⁶⁶⁰ Cf *supra*, n° 654. On peut toutefois noter qu'en matière de recours, certes administratifs et non judiciaires, motivés par l'intention de monnayer le retrait du recours, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a admis la qualification d'escroquerie : Crim., 22 janv. 2014, n° 12-88.042, E. Joly-Sibuet, « Recours abusif constitutif d'une escroquerie », *RTDI* 2014/3, p. 72.

amende ait été précisé par rapport à l'avant-projet, les cas de cumul potentiel entre un mécanisme général de répression des fautes lucratives et une sanction pénale seraient extrêmement nombreux²⁶⁶¹. De façon plus réaliste, si le législateur devait adopter des amendes civiles afin de lutter contre les principaux cas dans lesquels des fautes lucratives sont redoutées, les risques de cumul seraient loin d'être négligeables²⁶⁶². Ainsi, si une sanction pécuniaire civile, notamment une amende civile, devait être adoptée en cas de violation lucrative de normes environnementales²⁶⁶³, les risques de cumul avec plusieurs infractions pénales seraient réels²⁶⁶⁴. De même, en matière d'atteinte à la vie privée ou à l'image, le cumul entre une éventuelle sanction pécuniaire civile et le délit défini à l'article 226-1 du Code pénal serait probable en cas d'atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée par l'image ou par enregistrement. Quant au droit de la consommation et de la concurrence, les risques de cumul existeraient non seulement vis-à-vis des sanctions pénales mais également par rapport aux sanctions administratives²⁶⁶⁵.

672. Les difficultés soulevées par les hypothèses de cumul. Les difficultés que soulèveraient ces cas de cumul sont multiples.

D'une part, la possibilité du cumul serait dans de nombreuses hypothèses discutable, notamment du point de vue de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En certaines hypothèses, ce cumul semblerait certes admissible, sous réserve d'une imbrication suffisante des procédures. Ainsi, en matière de vie privée, la complémentarité des buts poursuivis par un mécanisme de sanction de toute atteinte lucrative à la vie privée et par l'incrimination des atteintes les plus graves à la vie privée permettrait sans doute, en l'état de la

²⁶⁶¹ A s'en tenir au cœur historique de la matière pénale, le vol n'est-il pas par essence une faute lucrative ? Voir également sur les risques de cumul : F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 15. L'auteur évoque pêle-mêle la contrefaçon, les délits de presse, d'accidents du travail ou encore le cas de l'escroquerie. C'est en réalité la totalité des infractions permettant à leur auteur de s'appropriier, détourner ou conserver des biens ou des sommes d'argent de façon illicite qui risqueraient de faire l'objet d'un cumul au regard de l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Sur les risques de cumul avec certaines sanctions pécuniaires civiles existantes : E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 8.

²⁶⁶² Sur les principales hypothèses ainsi envisagées, cf *supra* n° 479.

²⁶⁶³ Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Mme. Christiane Taubira, Garde des sceaux, ministre de la Justice, op. cit.*

²⁶⁶⁴ F. Rousseau, « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement – À propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », *Environnement* 2014, étude 3, n° 15. L'auteur ne considère pas ce constat comme étant problématique en raison de la réserve française au 7^{ème} protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il convient dès lors de nourrir quelques doutes sur la conventionnalité d'une telle solution au regard de la jurisprudence de la Cour européenne.

²⁶⁶⁵ E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc..

jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme²⁶⁶⁶, de valider un tel cumul. Toutefois, outre qu'il n'est pas exclu que celle-ci connaisse de nouveau un durcissement pour ne tenir compte que de l'identité matérielle des faits réprimés²⁶⁶⁷, il semble loin d'être acquis qu'il sera toujours possible de distinguer plusieurs valeurs sociales protégées²⁶⁶⁸.

D'autre part, à supposer le cumul possible, celui-ci interviendrait classiquement dans la limite de la plus élevée des deux sanctions²⁶⁶⁹. En présence de mécanismes généraux, ce fonctionnement soulève plusieurs questions. Dans leur figure moderne et telles qu'envisagées par les projets de réforme du droit de la responsabilité civile, le montant maximum des sanctions pécuniaires civiles est très élevé et excèdera généralement largement celui des sanctions pénales plus précises avec lesquelles elles pourraient être amenées à se cumuler. Ce faisant, ces sanctions prospectives conduiraient, en cas de cumul, à un dé plafonnement des amendes édictées sur le terrain pénal²⁶⁷⁰. Or, certains auteurs se sont légitimement demandé si, lorsque le législateur a prévu pour un comportement spécifique une limite pénale, il ne fallait pas considérer que celle-ci était suffisante et proportionnée au comportement réprimé²⁶⁷¹.

673. Les solutions envisageables. Face aux difficultés soulevées par le cumul de sanctions pénales et extra-pénales au sujet des mêmes faits, plusieurs solutions semblent envisageables²⁶⁷².

674. Les solutions procédurales. Outre le système de l'intégration des procédures²⁶⁷³, le cumul des poursuites peut être évité par la mise en place d'un système

²⁶⁶⁶ Cf *supra*, n° 669.

²⁶⁶⁷ Sur les incertitudes soulevées par la position actuelle de la Cour, voir par exemple : F. Stasiak, « Démêlage de "nœuds" *bis in idem* ? », art. préc., n° 16.

²⁶⁶⁸ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 16.

²⁶⁶⁹ Cf *supra*, n° 655 et 669.

²⁶⁷⁰ On pourrait même ajouter que, dans la mesure où les sanctions privatives de liberté semblent relever en pratique de l'hypothèse d'école concernant les cas où amendes civiles et sanctions pénales pourraient être appelées à se cumuler, les amendes civiles conduisent en réalité à un dé plafonnement de la sanction.

²⁶⁷¹ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc. ; E. Dreyer, « L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », art. préc., n° 5.

²⁶⁷² Pour un panorama des solutions envisageables : J. Chacornac, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », art. préc.. L'idée de réunir la compétence pour prononcer les sanctions pénales et extrapénales, envisagée en matière de marchés financiers, ne sera pas développée. D'une part, de l'avis même de ses auteurs, elle ne semble pertinente qu'en raison des spécificités des manquements et des infractions boursières (D. Schmidt, A.-V. Le Fur, « Pour un tribunal des marchés financiers », art. préc.). D'autre part une telle évolution aboutirait dans certains cas à finir d'effacer la démarcation entre sanctions pécuniaires civiles et sanctions pénales.

²⁶⁷³ Cf *supra*, n° 672.

« d'aiguillage » en amont. Telle a été, en matière de marchés financiers, la solution retenue à la suite de la censure du Conseil constitutionnel. Ce système repose sur une concertation entre le Procureur de la République financier et l'Autorité des marchés financiers²⁶⁷⁴. En cas de désaccord, le Procureur général près la Cour d'appel de Paris est chargé de désigner l'autorité exerçant les poursuites²⁶⁷⁵. Une telle solution semble cependant difficilement transposable aux cas de cumul entre des sanctions pénales et des amendes civiles, au moins si celles-ci adoptent les modalités prévues par le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile. L'article 1266-1 du projet envisage en effet que l'amende puisse être prononcée à la demande du Procureur de la République ou de la victime. À s'en tenir dans un premier temps au Procureur, c'est alors la même autorité qui serait chargée d'exercer les poursuites au civil et au pénal. L'absence de pluralité d'autorités impliquées dans la décision d'aiguillage conférerait alors au Procureur un pouvoir arbitraire dans le choix de l'une ou l'autre des voies. Il en résulterait sans doute un manque de prévisibilité peu compatible avec le principe de légalité criminelle²⁶⁷⁶. Plus généralement, les difficultés et incertitudes soulevées par le système d'aiguillage mis en place en matière boursière²⁶⁷⁷ invitent plus généralement à penser qu'il serait peu souhaitable de transposer un tel système à un ensemble de matières.

L'adoption d'un système d'aiguillage serait, ensuite, rendue particulièrement complexe en cas d'action de la victime. Dès lors que la victime peut déclencher la voie pénale ou éventuellement, si les modalités du projet de réforme étaient reprises, la procédure conduisant au prononcé d'une amende civile, l'organisation d'un aiguillage en amont semble compromise. Pour cette raison, en matière de marchés financiers,

²⁶⁷⁴ CMF, art. L. 465-3-6. Voir par exemple : E. Dezeuze, « La refonte de la répression des abus de marché – Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 », *JCP G* 2016, 846.

²⁶⁷⁵ CMF, art. L. 465-3-6, IV.

²⁶⁷⁶ Cette critique ayant même été adressée au système d'aiguillage mis en place en matière boursière : J. Chacornac, « La répression des abus de marché à l'épreuve de la prévisibilité des peines : vers un autre Grande Stevens ? », *D.* 2016.1264 ; A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique », art. préc.. On peut ajouter qu'à la différence des manquements et des délits financiers, il ne serait par hypothèse pas possible d'opérer une distinction en fonction du caractère intentionnel ou non du manquement, les fautes lucratives étant, par hypothèse, intentionnelles. Pour une critique du pouvoir laissé, dans la proposition du rapport Coulon, au Procureur de la République : J. Lasserre Capdeville, C. Mascala, S. Neuville, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2012.693, n° 28.

²⁶⁷⁷ Voir par exemple : A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « Sanctions des abus de marché : "l'aiguillage" source de déraillements », *D.* 2015.1450, « Pour un tribunal des marchés financiers », art. préc. et « Le traitement du cumul de sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique », art. préc.. Les auteurs soulignent notamment que le système en cause crée une atteinte au principe d'égalité, laquelle n'est pas organisée par le législateur dès lors que le contenu des deux infractions est identique. J. Chacornac, « La répression des abus de marché à l'épreuve de la prévisibilité des peines : vers un autre Grande Stevens ? », art. préc..

l'article L. 465-3-6, VII du Code monétaire et financier déroge à l'article 85 du Code de procédure pénale en subordonnant la constitution de partie civile à la possibilité d'action du Procureur de la République financier²⁶⁷⁸. Cette condition ne pourrait d'ailleurs pas être reprise concernant les amendes civiles puisque, dans l'hypothèse envisagée, le choix de l'action étant laissé au Procureur, elle reviendrait à autoriser ce dernier à interdire arbitrairement les poursuites pénales, modifiant profondément la philosophie de notre procédure répressive. L'adoption de l'amende civile du projet supposerait dès lors de remettre profondément en cause les règles régissant la constitution de partie civile. Même à s'en tenir à l'instauration d'amendes civiles dans des domaines plus précis, l'adoption d'un système d'aiguillage imposerait de prévoir de nombreuses dérogations quant à la possibilité pour la victime de se constituer partie civile. Devant l'inadéquation de cette solution et, de façon plus générale, devant les difficultés à adopter une solution procédurale permettant de résoudre l'ensemble des difficultés soulevées par le cumul des sanctions pécuniaires civiles et des sanctions pénales, il convient de s'intéresser aux réponses substantielles.

675. Les solutions substantielles. Les réponses substantielles au problème du cumul de répression sont susceptibles de degrés²⁶⁷⁹. Une première solution consiste ainsi à distinguer les éléments constitutifs des infractions. Cette distinction peut naturellement reposer sur une différence matérielle dans les comportements adoptés mais aussi sur une différence quant à la gravité des conséquences de l'acte²⁶⁸⁰. Elle peut encore reposer sur une différence dans l'identité de l'auteur de « l'infraction ». Il est enfin envisageable de procéder à une distinction en fonction de l'élément moral. Cependant, les difficultés rencontrées en matière boursière suffisent à révéler les incertitudes pouvant résulter d'une appréciation de cet élément en amont du jugement, particulièrement dans des matières techniques²⁶⁸¹. Une telle solution conduirait cependant soit à définir de façon relativement précise les comportements réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles, soit à n'incriminer pénalement que des

²⁶⁷⁸ Voir par exemple : O. Décima, « Tombeau de *ne bis in idem* », art. préc..

²⁶⁷⁹ J. Chacornac, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », art. préc..

²⁶⁸⁰ *Ibid.*.

²⁶⁸¹ *Ibid.* : « Au plan de l'élément moral, la distinction entre les comportements intentionnels et les simples négligences ou imprudences est un raisonnement peu adapté à la criminalité d'affaires. Au fond, les comportements poursuivis sont, le plus souvent intentionnels ou commis avec un degré d'imprudence qui confine à l'intention ».

comportements suffisamment graves pour mériter une répression pénale clairement plus coercitive que les sanctions pécuniaires civiles édictées dans le même domaine. Le fait d'exclure l'application de ces sanctions dans les hypothèses où le comportement réprimé est également susceptible d'une sanction pénale conduirait autrement en de nombreuses hypothèses à réprimer moins gravement un comportement en raison même de son incrimination pénale, ce qui ne semble pas acceptable.

Une seconde voie, plus radicale, consiste à choisir, pour certains domaines, de recourir uniquement à une répression pénale ou à une répression extrapénale. Cette solution semble avoir pour elle la simplicité, les risques de superposition du champ d'application des sanctions pécuniaires civiles et des sanctions pénales étant alors largement évités. Elle soulève pourtant certaines difficultés. La voie du tout pénal est *a priori* toujours possible²⁶⁸². Une telle solution laisse toutefois sans réponse les insuffisances relevées concernant l'emploi de la répression pénale afin de réprimer certains comportements²⁶⁸³. À l'inverse, le recours exclusif aux sanctions pécuniaires civiles, y compris aux formes les plus répressives de ces sanctions, ne semble, en certains domaines, pas souhaitable. Les sanctions pécuniaires civiles se révéleraient sans doute insuffisantes à dissuader et réprimer les comportements les plus graves, la voie pénale, et spécialement les sanctions privatives de libertés, conservant parfois une légitimité et une efficacité certaines.

676. Conclusion. En dépit des nombreuses incertitudes que soulève actuellement la question du cumul des mesures répressives pénales et extrapénales, il ne fait pas de doute que les sanctions pécuniaires civiles incluses dans le champ de la matière pénale ou des sanctions ayant le caractère de peine sont soumises au principe *ne bis in idem* ou à son succédané constitutionnel. Même si le Conseil constitutionnel a renforcé ses exigences en matière de cumul de sanctions pénales et extrapénales répressives, celles-ci semblent toujours en deçà des exigences des juridictions européennes et spécialement de la Cour européenne des droits de l'homme. C'est, dès lors, principalement au regard de la jurisprudence de cette dernière que doivent être envisagées les solutions en matière de cumul de sanctions. Selon la dernière position de la Cour, le cumul de procédures et de sanctions pour les mêmes faits n'est possible

²⁶⁸² *Ibid.*

²⁶⁸³ *Cf supra*, n° 335 et s..

que si les procédures en causes sont intégrées, articulées l'une par rapport à l'autre pour fonctionner de façon cohérente. Une telle articulation suppose notamment que les objectifs poursuivis par les sanctions et les aspects du comportement réprimé, diffèrent entre les deux procédures. Même en admettant que le champ d'intervention des sanctions pécuniaires civiles, spécialement des amendes civiles ou des dommages et intérêts punitifs, se développe, il est peu probable que la Cour européenne soit systématiquement convaincue par la complémentarité des procédures répressives qui en résulterait. À supposer même qu'un tel cumul soit admis, la superposition irréfléchie des sanctions pénales et de sanctions pécuniaires civiles caractérisées par un montant élevé aboutirait à une confusion certaine. Il est préférable de définir de façon cohérente le champ d'intervention des sanctions pécuniaires civiles et des sanctions pénales, en fonction de la gravité intrinsèque des comportements réprimés, de leurs conséquences voire éventuellement de leur élément moral. Une telle solution interdit toutefois de recourir à des incriminations trop larges en matière de sanctions pécuniaires civiles, rejoignant de ce fait les conclusions dressées sur le terrain du principe de légalité.

*

* *

677. Conclusion de chapitre et de titre. Les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines, ainsi que leurs différents corollaires, semblent particulièrement susceptibles d'encadrer le recours aux formes les plus répressives des sanctions pécuniaires civiles. L'objet même du principe de légalité est de restreindre le champ d'application des mesures répressives ainsi que d'encadrer leur nature et leur *quantum*. Il suppose que les comportements nuisibles de certains justiciables ne puissent être réprimés que dans la mesure où ils faisaient l'objet d'une « incrimination » lors de leur commission et ne puissent être réprimés plus sévèrement que le prévoyait alors le texte d'« incrimination ». Il suppose également que le comportement ou l'abstention réprimés et la peine applicables soient définis et interprétés de façon à éviter l'arbitraire de l'autorité sanctionnatrice et permettre la prévisibilité pour les justiciables. Les implications du principe de proportionnalité sont plus complexes. Appliqué aux incriminations, ce principe devrait conduire à ce que seuls des comportements méritant d'être dissuadés et sanctionnés au moyen de mesures répressives soient incriminés. Les implications politiques d'un tel contrôle le rendent

toutefois particulièrement rare même en droit pénal, si bien que sa mise en œuvre à l'égard des sanctions pécuniaires civiles semble peu probable. Appliqué aux peines, le principe est susceptible de produire des conséquences tant du point de vue de la sanction théorique que de la sanction prononcée. Concernant la première, le principe de proportionnalité peut être perçu comme un complément du principe de légalité, imposant qu'entre le comportement visé par l'« incrimination » et la mesure qui l'assortit il existe un rapport de proportion admissible. Concernant la seconde, ce principe implique que la peine infligée ne soit pas décorrélée de la gravité du comportement concret et des particularités pertinentes de l'auteur de l'infraction (richesse pour les sanctions pécuniaires, état de récidive, *etc.*). Un aspect particulier de ce principe soulève cependant une difficulté particulière : celle du cumul de sanctions pénales et de sanctions pécuniaires civiles à raison des mêmes faits.

678. Appliqués aux sanctions pécuniaires civiles, les principes de légalité et de proportionnalité connaissent une atténuation certaine. Pour justifiée que cette atténuation puisse être en elle-même²⁶⁸⁴, elle ne saurait conduire à une inflexion trop importante de ces principes, sauf à les vider de leur substance. L'analyse de leur application aux sanctions répressives extrapénales conduit à dresser un bilan contrasté. Alors que l'application des principes de légalité et de proportionnalité aux sanctions pécuniaires civiles révèle que les organes de contrôle, et spécialement le Conseil constitutionnel, n'abandonnent pas tout pouvoir au législateur, certaines décisions inquiètent. Pour synthétiser une jurisprudence complexe et en partie fluctuante, il peut sembler que bien que les principes de légalité et de proportionnalité conservent dans l'ensemble une véritable force lorsqu'ils s'appliquent aux sanctions pécuniaires civiles la jurisprudence supralégislative, spécialement celle du Conseil constitutionnel, paraît particulièrement tolérante vis-à-vis d'incriminations fonctionnant par un renvoi à un ensemble d'obligations et d'interdictions. Cette souplesse présente sans doute un véritable intérêt pratique, permettant notamment dans des matières techniques de pallier l'ingéniosité dont pourraient faire preuve les justiciables en présence d'incrimination trop précises en offrant un outil de répression adaptable. Force est toutefois de constater que la portée de ces renvois conduit actuellement à nier tant le

²⁶⁸⁴ Sur les raisons pouvant justifier cette atténuation, *cf supra*, n° 579 et s..

sens du principe de légalité, que celui de proportionnalité des peines, si bien qu'une évolution semble sur ce point souhaitable.

679. En dépit des incertitudes que peut soulever l'application des principes de légalité et de proportionnalité aux sanctions pécuniaires civiles, il semble probable que leur application conduise à exclure les solutions proposées tant par l'avant-projet CATALA que par l'avant-projet et le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. L'un et l'autre de ces principes prohibent, même selon une conception minimale, que des mesures répressives potentiellement aussi élevées²⁶⁸⁵ puissent s'appliquer indépendamment de l'aspect matériel du comportement. Ce faisant, ces principes obligent à penser le recours aux sanctions pécuniaires civiles les plus marquées d'un point de vue répressif à travers l'identification de normes dont le non-respect justifie l'infliction d'une peine, serait-elle extrapénale.

²⁶⁸⁵ Les dommages et intérêts punitifs proposés par l'avant-projet CATALA semblent d'ailleurs contraire tant au principe de légalité des délits que des peines, la sanction maximum n'étant pas définie. Cf *infra*, n° 813.

TITRE II – LE RÉGIME GÉNÉRAL DES SANCTIONS PÉCUNIAIRES CIVILES.

680. Régime général et droit commun. Les notions de « régime général » et de « droit commun » présentent des liens immédiatement perceptibles. Le droit commun a pu être défini comme un « concept *sui generis* composé, pour une institution donnée, des *règles juridiques dont le domaine est d'application indéfini* »²⁶⁸⁶. Bien que le droit commun puisse se définir d'un point de vue territorial, il ne s'agira pas ici d'envisager les règles spécifiques à certains territoires²⁶⁸⁷, mais plutôt de se limiter à une approche matérielle²⁶⁸⁸. L'objet des présents développements est ainsi de cerner les règles subsidiaires applicables aux sanctions pécuniaires civiles, en l'absence de prévisions législatives contraires.

Toutefois, ainsi que le suggère la définition retenue du droit commun, celui-ci présente un caractère relatif : le droit commun n'est jamais que le droit commun d'une institution. Un regard, même liminaire, sur la situation des sanctions pécuniaires civiles invite alors à penser qu'il n'est pas possible, sur l'ensemble des aspects de leur régime, de dégager des règles de droit commun. La distinction des sanctions pécuniaires publiques ou privées semble en effet trop importante pour permettre qu'en tout point leurs régimes se rejoignent, sans qu'il ne soit pour autant possible de déterminer quelle règle relève du principe et quelle règle relève de l'exception.

D'une part, de telles différences, loin de devoir être passées sous silence, fournissent des éléments essentiels pour déterminer, au-delà de la seule invocation quasi-rituelle du principe de réparation intégrale, si une des catégories de sanction étudiées est généralement préférable à une autre.

D'autre part, afin d'insister sur l'impossibilité de dégager en tout point un droit commun des sanctions pécuniaires, l'expression « régime général » sera préférée, celle-ci faisant peut-être davantage ressortir la nécessité de régimes spéciaux.

²⁶⁸⁶ N. Balat, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 571, Paris, 2016, n° 837.

²⁶⁸⁷ On peut en particulier remarquer que Mayotte connaît une tarification particulière des sanctions pécuniaires.

²⁶⁸⁸ Sur l'opposition entre droit commun matériel et territorial : N. Balat, *Essai sur le droit commun*, *op. cit.*, n° 244.

681. La justification du prisme d'étude retenu. En dépit des caractéristiques les rapprochant, la diversité des mécanismes correspondant à la qualification de sanctions pécuniaires civiles, particulièrement en ce qui concerne les peines pécuniaires privées²⁶⁸⁹, est certaine. Un tel constat se répercute sur le régime des sanctions pécuniaires civiles. Alors que le régime de certaines sanctions pécuniaires civiles paraît bien maîtrisé, spécialement celui des astreintes et des clauses pénales²⁶⁹⁰, celui des sanctions pécuniaires civiles édictées par une norme sociale de portée générale, *i. e.* les amendes civiles et les dommages et intérêts punitifs, paraît beaucoup plus incertain et mérite de retenir l'essentiel de l'attention.

682. L'absence de discussion des cas prospectifs de consécration des sanctions pécuniaires civiles. Nécessairement appliquées en réponse à la violation de normes identifiées²⁶⁹¹, les sanctions pécuniaires civiles en réponse à la violation de normes sociales²⁶⁹² ne semblent se distinguer des sanctions pénales que par la volonté de l'autorité normative de mettre en place des mécanismes répressifs échappant en partie au régime des mécanismes pénaux²⁶⁹³. Une telle volonté n'est pas forcément illégitime²⁶⁹⁴. Elle supposerait, idéalement, une refonte des champs d'intervention des sanctions pécuniaires civiles et des sanctions pénales. Une telle refonte assurerait une certaine cohérence dans le recours à ces sanctions mais permettrait aussi aux sanctions pénales de jouer pleinement leur rôle expressif²⁶⁹⁵. Cette évolution semble cependant peu probable, du moins dans un futur proche. D'une part, elle impliquerait une exclusion du champ pénal de l'ensemble des comportements ne traduisant pas une culpabilité réelle. De ce fait, la quasi-totalité des contraventions, au moins des quatre premières classes, pourraient faire l'objet d'une conversion en sanctions pécuniaires civiles. Bien que l'exclusion de ces mécanismes du domaine du droit pénal soit parfois envisagée²⁶⁹⁶, la modification de la physionomie du droit pénal qui en résulterait serait extrêmement profonde. D'autre part, même si certains domaines semblent

²⁶⁸⁹ Cf *supra*, n° 310.

²⁶⁹⁰ Cf *supra*, n° 271.

²⁶⁹¹ Cf *supra*, n° 609 et s..

²⁶⁹² Tel est clairement le cas des amendes civiles (cf *supra* n° 172). La situation des dommages et intérêts punitifs peut être plus complexe selon les fonctions qui leur sont assignées. En présence de dommages et intérêts purement punitifs, cette analyse semble valoir pleinement (cf *supra* n° 311 et s., spéc. n° 313 et s.).

²⁶⁹³ Pour une analyse des différents facteurs de rapprochement ou de distinction entre sanctions pécuniaires civiles et sanctions pénales, cf *supra*, Partie I, titre I, spéc. les sections II des chapitres I et II.

²⁶⁹⁴ Cf *supra*, n° 514.

²⁶⁹⁵ Cf *supra*, n° 340.

²⁶⁹⁶ G. Beaussonie, « Avant-propos », in *Faut-il "régénéraliser" le droit pénal*, *op. cit.*.

particulièrement propices au développement des sanctions pécuniaires civiles²⁶⁹⁷, l'identification des comportements méritant d'être réprimés par le jeu d'une sanction pécuniaire civile ne saurait être envisagée de façon générale. Certes, certains comportements, notamment les atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique²⁶⁹⁸, nécessitent incontestablement un recours à des sanctions proprement pénales, spécialement des sanctions privatives de libertés. En dehors de ces cas topiques, la démarcation précise des comportements devant relever d'une répression strictement pénale ou donner lieu au prononcé de sanctions pécuniaires civiles relève incontestablement d'un choix politique et excède en tout cas l'objet d'une étude générale²⁶⁹⁹.

683. Une clarification nécessaire du régime de certaines sanctions pécuniaires civiles. *A minima*, un recours utile aux sanctions pécuniaires civiles suppose que le régime de droit commun de celles-ci soit identifié. Or, la situation des sanctions pécuniaires civiles de normes sociales apparaît de ce point de vue insatisfaisante. Dans la mesure où les amendes civiles ont été introduites dans notre système juridique sans vue d'ensemble, la détermination de leur régime apparaît pointilliste, laissant de ce fait irrésolues certaines interrogations pratiques majeures²⁷⁰⁰. Les dommages et intérêts punitifs soulèvent naturellement des interrogations semblables. Outre que ceux-ci sont inconnus de notre système juridique, du moins sous leur forme officielle, ils présentent au sein des droits qui les admettent des régimes juridiques divers²⁷⁰¹. En dépit d'études doctrinales majeures ayant envisagé les modalités selon lesquelles ce type de mécanisme pourrait être adopté en droit français²⁷⁰², les différents projets et propositions de consécutions effectives de dommages et intérêts ne semblent pas être parvenus à un consensus concernant le régime que ceux-ci devraient adopter.

²⁶⁹⁷ Cf *supra*, n° 479. Adde S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, partie I.

²⁶⁹⁸ En revanche, le recours à des sanctions pécuniaires civiles est admis dans certains systèmes juridiques même en cas de mise en danger délibérée de la personne humaine : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 100.

²⁶⁹⁹ Voir, en matière de peines pécuniaires privées, S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 242 et s..

²⁷⁰⁰ Ces insuffisances ont dans une large mesure été révélées par les incertitudes provoquées par la proposition de création d'une amende civile au sein de l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Voir notamment : J.-S. Borghetti, « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », art. préc., n° 48 à 50.

²⁷⁰¹ Cf *supra*, n° 254 et s..

²⁷⁰² Voir notamment : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.* ; A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.* ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*.

Il paraît dès lors nécessaire de préciser les différentes règles devant s'appliquer à ces mécanismes, que ce soit de façon impérative²⁷⁰³ ou simplement de façon supplétive. Une telle entreprise permettrait de déterminer un droit commun applicable aux sanctions pécuniaires civiles, de sorte que l'exclusion des règles pénales se fasse au profit de règles identifiées. Afin d'envisager les différents aspects du régime des sanctions pécuniaires, il pourrait dès lors sembler pertinent de s'intéresser d'une part aux aspects matériels des sanctions pécuniaires civiles, d'autre part aux aspects procéduraux. Une telle présentation se révélerait cependant à la fois artificielle et déséquilibrée. Artificielle dès lors que sur certaines questions, les aspects matériels et procéduraux se rejoignent largement. Cette présentation serait également déséquilibrée. En effet, une part des principes matériels ont été étudiés à l'occasion de l'encadrement supralégislatif des sanctions pécuniaires civiles. De surcroît, la détermination exacte des comportements appelant ce type de répression a été exclue du champ de l'étude. Afin d'appréhender l'ensemble des difficultés de régime susceptibles d'être soulevées par les sanctions pécuniaires civiles, c'est alors une présentation suivant les étapes de mise en œuvre des sanctions pécuniaires civiles qui sera préférée, en abordant l'introduction de l'action conduisant au prononcé des sanctions pécuniaires civiles (Chapitre I) puis l'application des sanctions pécuniaires civiles ensuite (Chapitre II).

Chapitre I – L'introduction de l'action conduisant au prononcé des sanctions pécuniaires civiles.

684. L'article 122 du Code de procédure civile régit les fins de non-recevoir, autrement dit les sanctions du défaut du droit d'agir en justice. L'article fournit une liste non-limitative d'exemples « le défaut de qualité, le défaut d'intérêt, la prescription, le délai préfix, la chose jugée ». Ainsi que l'écrivait un auteur « N'importe qui ne peut donc pas faire juger n'importe quoi. Ni d'ailleurs n'importe quand »²⁷⁰⁴. Ces considérations s'appliquant parfaitement aux sanctions pécuniaires civiles, il convient

²⁷⁰³ Sur le principe de l'application des principes directeurs du droit pénal aux sanctions pécuniaires civiles, cf *supra*, n° 519 et s..

²⁷⁰⁴ M. Bandrac, « L'action en justice, droit fondamental », art. préc., n° 5.

d'envisager les acteurs de l'instance tendant au prononcé d'une sanction pécuniaire civile (Section I) avant d'étudier le temps de la demande (Section II).

Section I – Les acteurs de l'instance tendant au prononcé d'une sanction pécuniaire civile.

685. Les sanctions pécuniaires civiles étant généralement prononcées à l'occasion d'une procédure se déroulant devant une autorité judiciaire, les acteurs de l'instance paraissent relever de deux catégories : les parties à la procédure et le juge. Cependant, une des parties, la personne visée par la demande tendant au prononcé d'une sanction pécuniaire civile, ne paraît pas pouvoir être identifiée *in abstracto*, mais dépend de chaque hypothèse dans lesquelles de telles sanctions sont prévues. Les acteurs devant retenir l'attention semblent dès lors être l'acteur à l'origine du déclenchement de la procédure (§I) ainsi que le juge prononçant la sanction (§II).

§I – Le déclenchement de la procédure.

686. La question de l'admissibilité de la saisine d'office des juridictions appelées à prononcer des sanctions pécuniaires s'inscrit dans la thématique plus générale de l'application à ces sanctions des règles relatives au procès équitable. Les spécificités de nombreuses amendes civiles rendent cependant nécessaire d'accorder un traitement spécifique à la saisine d'office à l'occasion de l'étude du déclenchement de la procédure. Une fois démontré le principe de l'inadmissibilité de la saisine d'office en matière de sanctions pécuniaires civiles (A), l'attention devra se porter sur l'initiative du prononcé des sanctions pécuniaires civiles (B).

A – L'inadmissibilité de la saisine d'office en matière de sanctions pécuniaires civiles.

687. La séparation des autorités de poursuite et de jugement. Parmi les principes structurants de la procédure pénale figure le principe de séparation des

autorités de poursuite et de jugement²⁷⁰⁵. Celui-ci implique notamment que l'autorité qui décide de poursuivre un comportement en droit pénal, de déclencher l'action publique, ne peut être l'autorité qui exerce la fonction de jugement²⁷⁰⁶, spécialement en se prononçant sur la culpabilité et le cas échéant sur la peine de la personne accusée²⁷⁰⁷. De même, le magistrat ayant conduit l'instruction ne saurait participer au jugement de l'affaire ainsi instruite²⁷⁰⁸.

688. L'importance de la question concernant les sanctions pécuniaires civiles. La proximité entre les sanctions pécuniaires civiles réprimant le manquement à des normes sociales générales et les sanctions pénales conduit à s'interroger sur la possibilité pour le juge prononçant la sanction de s'auto-saisir²⁷⁰⁹. L'extension de cette séparation à l'ensemble des mécanismes répressifs pourrait sembler légitime dès lors que le principe de séparation des autorités se fonde sur le fait « qu'au point de vue de la liberté individuelle, au point de vue des garanties de la défense, au point de vue de la sérénité et de l'objectivité de la justice, le législateur estime qu'il n'est pas souhaitable que, dans un procès déterminé, la personne qui a rempli un rôle judiciaire de poursuite soit amenée dans le même procès à faire ensuite des actes d'instruction, et a fortiori à prendre des décisions de jugement »²⁷¹⁰. Pourtant, en présence de mécanismes sanctionneurs en partie justifiés par une recherche d'efficacité et d'effectivité, reconnaître une faculté d'auto-saisine à la juridiction habilitée à

²⁷⁰⁵ Le principe de séparation des autorités implique en réalité la séparation des autorités de poursuite, d'instruction et de jugement (Voir notamment : G. Levasseur, « Le principe de séparation des fonctions », *in Cours de procédure pénale*, Paris, 1959-1960 ; B. Bouloc, *Procédure pénale, op. cit.*, n° 45 à 47). Toutefois l'article préliminaire du Code de procédure pénale prévoit en son I que « [la procédure pénale] doit garantir la séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement ». V. Bück, « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001/10, I-A-2 et note n° 28 ; S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 504 et s.. Voir également, sur la différence traditionnelle du principe de séparation des autorités : J. Pradel, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990.692, n° 6 et s..

²⁷⁰⁶ Sur les autres atteintes, en matière de sanctions extra-pénales, au principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement : *cf infra*, note n° 3155.

²⁷⁰⁷ B. Bouloc, *Procédure pénale, loc. cit.* ; G. Levasseur, « Le principe de séparation des fonctions », art. préc. : « Il serait choquant que celui qui a été, à un moment donné, l'adversaire du prévenu, soit ensuite appelé à le juger (confusion de la poursuite et du jugement) ».

²⁷⁰⁸ B. Bouloc, *Procédure pénale, loc. cit.*

²⁷⁰⁹ Selon une présentation, l'auto-saisine et la saisine d'office correspondrait pratiquement au même mécanisme, la première expression étant cependant utilisée par la doctrine notamment pour s'interroger sur la validité et la légitimité du mécanisme : J.-F. Kerléo, « L'auto-saisine en droit public français », *RFDA* 2014.293. Sur l'extension du principe de séparation à toute matière répressive : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 510 et s..

²⁷¹⁰ G. Levasseur, « Le principe de séparation des fonctions », art. préc.. Pour une explication alternative voir : M.-A. Frison-Roche, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013.28.

prononcer une sanction pécuniaire civile pourrait sembler nécessaire afin de pallier les risques d'ineffectivité de la sanction²⁷¹¹.

689. La nécessité de s'interroger sur cette possibilité est d'autant plus certaine que, rattachée à la question de l'impartialité des juridictions ou à l'égalité des armes pour la Cour européenne des droits de l'homme ou à la sauvegarde de la liberté individuelle²⁷¹² puis au principe d'impartialité pour le Conseil constitutionnel²⁷¹³, elle présente désormais un aspect supralégislatif²⁷¹⁴. Alors que les pouvoirs d'auto-saisine sont incertains en matière de sanctions pécuniaires civiles existantes (1), les perspectives d'évolution de l'auto-saisine en matière de sanctions pécuniaires civiles (2) méritent d'être considérées avec soin.

1 – Des pouvoirs d'auto-saisine incertains en matière de sanctions pécuniaires civiles existantes.

690. Les situations des différentes sanctions pécuniaires civiles au regard du pouvoir d'auto-saisine ou du prononcé d'office du juge apparaissent disparates. Concernant les peines pécuniaires privées (b) légalement consacrées, elles semblent dans leur extrême majorité découler d'une demande de la victime²⁷¹⁵. La situation des amendes civiles paraît en revanche plus complexe (a).

a – L'amende civile et le pouvoir d'office du juge.

691. Le régime des différentes amendes civiles paraît hétéroclite. Il est ainsi parfois expressément prévu que les poursuites débouchant sur le prononcé d'une amende civile doivent être exercées par le Procureur de la République²⁷¹⁶ ou par une

²⁷¹¹ J.-F. Kerléo, « L'auto-saisine en droit public français », art. préc.. L'auteur présente ainsi l'auto-saisine comme « un vecteur d'efficacité de l'action publique ».

²⁷¹² D. Rebut, « Le juge pénal face aux exigences constitutionnelles », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2004/16.

²⁷¹³ Voir par exemple : CC, Décision n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012, considérant n° 4 : « le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ». Voir par exemple : Commentaire de la Décision n° 2012-286 QPC, I-D.

²⁷¹⁴ Pour une analyse poussée de cette question, voir notamment : J. Pradel, « La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », art. préc..

²⁷¹⁵ Cf *infra*, n° 712.

²⁷¹⁶ Voir par exemple : C. civ., art. 53 (concernant les amendes prévues aux articles 50, 63, 76 et 101 du même code) ; C. urb., art. L. 430-9, al. 2 ; CCH, art. L. 641-9, L. 651-4 et L. 651-7 ; C. rur., art. L. 611-4-1, al. 6 ; CPP, art. 177-2, 212-2 et 392.

autre autorité distincte de celle de jugement²⁷¹⁷. Il est également parfois imposé, alors même qu'une action, notamment en responsabilité civile, a déjà été intentée, que l'amende civile doit être demandée par le Procureur²⁷¹⁸. La situation d'autres amendes civiles appelle toutefois une analyse plus attentive.

692. L'invitation faite par le juge au procureur de requérir une amende civile. Une difficulté particulière s'est présentée dans une hypothèse : le juge qui invite le procureur à requérir une amende civile ne fait-il pas un acte d'auto-saisine ? Tel était en substance le comportement reproché, dans une affaire ayant donné lieu à un arrêt de la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 1^{er} mars 2011²⁷¹⁹, à une chambre de l'instruction. Celle-ci avait en effet invité le procureur général à requérir l'amende civile prévue à l'article 212-2 du Code de procédure pénale. Faisant une application littérale de cette disposition, la Chambre criminelle considéra que seule l'absence de réquisition par le procureur de l'amende aurait été contraire à la disposition précitée. Elle rejette par ailleurs toute idée de préjugement dans la demande ainsi faite par la chambre de l'instruction au procureur²⁷²⁰.

693. Les amendes civiles présentant un élément de complexité au regard de l'exercice des poursuites. Un rapide regard sur les différents cas d'amendes civiles existants en droit positif permet de faire ressortir deux séries d'hypothèses dans lesquelles le juge pourra prononcer une amende civile de sa propre initiative. Tel est d'abord le cas lorsque le juge rejette une action ou une demande qu'il juge dilatoire ou abusive, voire en cas de simple rejet concernant les demandes visant à obtenir la récusation des juges²⁷²¹, celles en vérification d'écriture ou d'inscription en faux à

²⁷¹⁷ C. com., art. L. 442-4, al. 3 (voir par exemple : M. Malaurie-Vignal, « L'exemplarité de l'amende civile », art. préc., n° 6) ; CCH, art. L. 651-2 (sur ce cas voir l'exposé des motifs de la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice) ; C. rur., art. L. 521-3-1, V. et art. L. 611-4-1, al. 6°. On peut enfin souligner, si l'amende édictée à l'article 192 du Code civil devait se voir reconnaître la qualité d'amende civile, que celle-ci peut, dans le cadre de l'article 156 du Code civil qui renvoie à l'article 192, être demandé non seulement par le procureur mais aussi par les « parties intéressées ».

²⁷¹⁸ Voir par exemple : C. com., art. L. 23-10-1, L. 23-10-7, L. 141-23, L. 141-28.

²⁷¹⁹ Crim., 1^{er} mars 2011, n° 10-84.979.

²⁷²⁰ Voir par exemple : G. Royer, « Invitation faite par la chambre de l'instruction au ministère public de prendre des réquisitions aux fins de prononcé d'une amende civile », *AJ pénal* 2011.423 ; M. Léna, « Amende civile et principe d'impartialité », *Dalloz actualité*, 14 avr. 2011.

²⁷²¹ CPC, art. 348 ; CPP, art. 661 (concernant le rejet de l'opposition à l'arrêt portant règlement des juges) et 673. Ce dernier article se présente cependant sous un angle particulier, la condamnation à l'amende civile paraissant impérative : « Toute ordonnance rejetant une demande de récusation prononce la condamnation du demandeur à une amende civile de 75 à 750 euros ». Voir également : Code de justice militaire, art. L. 254-3. Voir également, dans le cadre particulier concernant la récusation du président de l'ordre des avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation en matière de litiges nés à l'occasion d'un contrat de travail : Décret n° 2016-651 du 20 mai 2016 relatif aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation salariés, art. 12.

l'égard d'un acte authentique²⁷²², ainsi que les demandes en faux contre une pièce produite devant la Cour de cassation. Tel est ensuite parfois le cas lorsque le juge, à l'occasion de l'exécution d'une de ses missions, condamne ceux qui ne se sont pas conformés aux pouvoirs qui lui étaient reconnus pour l'exercice de cette mission.

694. Les amendes civiles pour procédure abusive ou dilatoire. Sont notamment concernées²⁷²³, au titre des amendes civiles pour procédure abusive ou dilatoire, les amendes civiles prévues par les articles 32-1, 559, 581 et 628 du Code de procédure civile²⁷²⁴, R. 121-22 du Code des procédures civiles d'exécution, R. 1235-9 et R. 1235-13 du Code du travail, L. 613-25 du Code de la propriété intellectuelle, L. 152-8 du Code de commerce, l'article 77-10-4 du Code de justice administrative et l'article 73 de la loi de modernisation de la justice du XX^{ème} siècle du 18 novembre 2016²⁷²⁵, qui peuvent être prononcées d'office par le juge²⁷²⁶. S'agit-il pour autant d'un cas de saisine d'office ? Certains auteurs semblent le considérer, affirmant expressément au sujet de ces amendes que « le juge peut se saisir d'office et n'est pas tenu de respecter le principe du contradictoire »²⁷²⁷. Plusieurs éléments conduisent cependant à interroger cette présentation. D'une part, l'arrêt sur lequel se fonde cette analyse affirme que « l'amende civile à laquelle peut être condamné celui qui agit en justice de manière abusive constitue une mesure de procédure civile qui *peut être prononcée d'office* (nous soulignons) par le juge »²⁷²⁸. C'est donc un pouvoir de prononcé d'office, et non de saisine d'office, que reconnaît, dans cet arrêt, la Cour de cassation. D'autre part, dans l'ensemble des cas considérés, le juge est, par hypothèse,

²⁷²² CPC, art. 295 et 305. Voir par exemple : N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 170. L'automaticité de l'amende prévue à l'article 305 s'oppose par ailleurs à toute qualification de saisine d'office. Sur cette automaticité voir par exemple : Orléans, 17 oct. 2016, n° 16/01469. Voir également : J. Viatte, « L'amende civile pour l'abus de la faculté d'agir en justice », art. préc.. Voir également l'article D. 47-1 du Code de procédure pénale applicable en cas d'inscription en faux contre une pièce produite devant la Cour de cassation qui semble également présenter un caractère automatique.

²⁷²³ Voir également l'article R. 741-12 du Code de justice administrative. Le texte ne qualifie pas expressément l'amende de civile et celle-ci n'est pas expressément qualifiée de civile. Les amendes civiles ne sont toutefois pas limitées aux juridictions judiciaires et le caractère juridictionnel des tribunaux appelés à prononcer ces sanctions n'est pas contestable, rendant la qualification à peu près certaine.

²⁷²⁴ J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », art. préc..

²⁷²⁵ Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^{ème} siècle

²⁷²⁶ Civ. 2^e, 3 sept. 2015, préc.. Voir également : E. Blary-Clément, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », art. préc., n° 26 ; D. Fasquelle, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », art. préc..

²⁷²⁷ N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 180.

²⁷²⁸ Civ., 2^{ème}, 3 sept. 2015, préc..

saisi d'une demande²⁷²⁹. Simplement celle-ci ne porte pas sur l'application d'une amende civile : c'est le fait que l'action ou la demande ait été abusive qui conduit à ce prononcé. On pourrait pourtant considérer que l'amende civile résulte d'une auto-saisine du juge dans le cours de la procédure. Il n'est qu'à songer au régime des infractions commises durant une audience pénale, lequel est prévu aux articles 675 et suivant du Code de procédure pénale. Ces articles permettent que la plupart des contraventions et des délits²⁷³⁰ commis pendant une audience pénale fassent l'objet d'un jugement « d'office ou sur les réquisitions du ministère public » par le tribunal ou la cour devant lesquels ces infractions ont eu lieu, ce qui a pu être analysé comme un pouvoir d'auto-saisine²⁷³¹. Sans s'appesantir sur l'analyse de ces procédures, une différence fondamentale avec les amendes ici étudiées doit être relevée : ces amendes civiles ne viennent pas sanctionner un fait nouveau, incidemment commis à l'occasion du procès, mais un manquement dans l'exercice même des voies de droit. C'est dire que le juge saisi dans les conditions définies aux différents articles ici énumérés est implicitement appelé à se prononcer, en cas de rejet, sur le caractère abusif ou dilatoire d'une action ou d'une demande, et le cas échéant à appliquer d'office une sanction en vertu d'un pouvoir conféré par ces textes²⁷³². C'est ce qui explique également que, ce

²⁷²⁹ Le même raisonnement pourrait s'appliquer à l'amende introduite par l'article 31 de la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice à l'article 373-2-6 du Code civil. En effet, l'alinéa 1 de l'article dispose que « Le juge du tribunal de grande instance délégué aux affaires familiales règle les questions qui lui sont soumises dans le cadre du présent chapitre », ce qui semble imposer que le juge ait été préalablement saisi. Voir également la loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires ou occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement. Certes l'article 67 de la loi prévoit que « En tout état de cause, le juge pourra prononcer d'office l'application des amendes civiles » dont il est fait mention dans ladite loi. Toutefois une lecture plus attentive de cette loi fait apparaître que le juge était déjà saisi (art. 57, al.2, art. 60, al. 2).

²⁷³⁰ À l'exception notable du délit d'outrage à magistrat : CPP, art. 677, al. 3. Voir par exemple : E. Micou, « La répression des délits d'audience au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme après la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », *D.* 1994.85.

²⁷³¹ J.-B. Thierry, « Synthèse – Juridictions correctionnelles », in *J-Cl. Procédure pénale*, LexisNexis, 2019, n° 24.

²⁷³² Voir par exemple en ce sens : A. Giudicelli, « La chambre de l'instruction n'est pas tenue de motiver spécialement le montant de l'amende civile, dont le prononcé n'entre pas dans les prévisions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », « De manière générale, le législateur a voulu, pour renforcer le caractère dissuasif du mécanisme de l'amende civile, que ce soit la juridiction saisie de manière abusive ou dilatoire qui prononce elle-même l'amende, d'autant plus qu'elle aura dans un premier temps fixé le montant de la consignation destiné à en garantir le paiement : juge d'instruction, en cas de plainte avec constitution de partie civile (c. pr. pén., art. 88, 88-1 et 177-2) ; tribunal correctionnel ou de police en cas de citation directe (c. pr. pén., art. 392-1 et 533). Ainsi, l'éventuel prononcé de l'amende civile constitue le prolongement de l'activité de consignation de la juridiction saisie. Nous n'y voyons pas le signe d'un cumul, mais l'exercice, dans le cadre d'une fonction identifiée, d'une faculté ayant pour objet de préserver ladite fonction parfois par la sanction d'un abus. Le reproche de partialité adressé au juge d'instruction nous paraît ici relever de cette tendance contemporaine, dénoncée par des auteurs, consistant à voir "des causes de partialité partout" ». Le raisonnement est certes limité au cas de l'amende civile applicable en matière de procédure pénale qui donnent lieu dans un premier temps à une consignation. Il nous semble néanmoins transposable à l'ensemble des amendes civiles venant sanctionner un abus du droit d'agir en justice.

faisant, le juge ne méconnaît pas le principe dispositif²⁷³³ : il ne modifie pas l'objet du litige mais dispose d'un pouvoir particulier dans le cadre de la résolution de celui-ci²⁷³⁴
2735.

Cette distinction entre saisine d'office et pouvoir d'office dans le cadre d'une instance pourrait paraître subtile²⁷³⁶, voire inutilement complexe²⁷³⁷. Outre qu'elle ne semble toutefois pas théoriquement infondée, elle est susceptible de produire, au plan constitutionnel, d'importantes différences de régime²⁷³⁸.

695. Les amendes civiles pour non-respect des ordres adressés par le juge.

Sont principalement concernées par les amendes civiles pour non-respects des ordres adressés par le juge les témoins qui, requis par le juge, ne se présentent pas ou refusent de déposer ou de prêter serment ainsi que les tuteurs et autres organes tutélaires du mineur ou les personnes chargées de la protection des majeurs ne respectant pas les injonctions du juge des tutelles. Ces deux hypothèses présentent des éléments de similarité, ne serait-ce qu'en ce qu'elles offrent au juge le pouvoir de réprimer les manquements commis par certaines personnes aux ordres qu'ils ont émis dans le cadre de leurs missions.

Du point de vue de la saisine du juge, ces amendes paraissent toutefois différer sur certains points. L'amende prévue à l'article 207 du Code de procédure civile concerne une hypothèse dans laquelle, le juge ayant été saisi, il requiert d'un tiers son témoignage dans le cadre du pouvoir d'office d'ordonner « toutes les mesures d'instruction légalement admissibles » que lui reconnaît l'article 10 du Code de

²⁷³³ CPC, art 4 et 5. Sur les faits, voir l'article 7. Sur ce principe, voir par exemple : S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile*, *op. cit.*, n° 461 et s.. Voir pour une mise à l'écart du principe d'immutabilité du litige en matière de peines pécuniaires privées, argument pris de ce que ces mesures ne relèvent pas des droits dont les parties ont la libre disposition : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 309.

²⁷³⁴ On peut sans doute rapprocher de cette hypothèse l'article L. 211-14 du Code des assurances en vertu duquel le juge condamne d'office l'assureur dont la proposition d'indemnisation consécutive à un accident dans lequel un véhicule terrestre à moteur est impliqué était « manifestement insuffisante ». Toutefois dans le cadre de cet article, la question semble plus évidente encore, le juge ne disposant pas du choix de se prononcer sur la question. Sur le lien entre saisine d'office et liberté laissée au juge, voir par exemple : J.-F. Kerléo, « L'auto-saisine en droit public français », art. préc..

²⁷³⁵ Cette idée a parfois été résumée en présentant ces amendes comme des « mesure[s] d'ordre public que le juge [...] peut prononcer d'office » (CE, 5 juill. 1985, préc.). Il nous semblerait cependant erroné d'utiliser cette spécificité pour justifier que la mesure ne présente pas de caractère pénal (En ce sens : A. Pedriau, « L'amende civile d'appel », art. préc., n° 12). Elle justifie tout au plus une adaptation des règles relatives à la séparation des fonctions de poursuite et de jugement.

²⁷³⁶ L. C. Henry, « Le Conseil constitutionnel plus subtil que le législateur ! », *Rev. soc.* 2015.201.

²⁷³⁷ Pour une appréciation ouvertement critique : Th. Favario, « Convertir d'office un redressement en liquidation judiciaire est conforme à la Constitution », *LDED* 2014/07, p. 3. *Contra* : P. Cagnoli, « Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ? », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 7, n° 5 et « Seules les véritables saisines d'office sont abrogées par le Conseil constitutionnel », *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 94.

²⁷³⁸ *Cf infra*, n° 702.

procédure civile²⁷³⁹. En cas de refus de témoigner ou de prêter serment, le juge peut condamner le témoin à une amende civile allant jusqu'à 10 000 euros²⁷⁴⁰. Cette hypothèse se distingue de celle des amendes civiles pour procédures ou demandes abusives dès lors que l'amende n'est cette fois pas la conséquence du jugement sur l'objet même du litige mais porte sur un fait intervenu dans le cours de la procédure. On peut d'ailleurs remarquer qu'en matière de procédure pénale, l'infliction des amendes prévues à l'encontre des témoins récalcitrants suppose une réquisition de la part du ministère public²⁷⁴¹, alors même que, plafonnée à 3 750 euros, celles-ci sont désormais d'un montant inférieur aux amendes civiles prévues en matière de procédure.

Faut-il dès lors en conclure que le prononcé par le juge civil de l'amende édictée à l'article 207 du Code de procédure civile découle d'une saisine d'office du juge, ou *a minima* d'une extension de l'objet du litige conduisant, concernant des personnes tierces au litige initial, à une situation relativement similaire ? L'ordre même adressé par le juge aux témoins de comparaître ne découle sans doute pas d'une telle saisine, relevant simplement des pouvoirs dont il dispose au titre des moyens d'accès à la solution du litige²⁷⁴². Concernant l'amende civile elle-même, le juge la prononce en constatant le non-respect de l'ordre par lui adressé au témoin ou de l'obligation de prêter serment qui en découle légalement. Ce faisant, du point de vue de la saisine, la question se résume à savoir si, lorsque le juge prononce une condamnation en cas de non-respect d'un ordre adressé par lui, il se saisit d'office.

696. Les amendes civiles prononcées par le juge des tutelles. La même question se pose au sujet des amendes civiles édictées aux articles 387-6, 411-1, alinéa 3 et 417, alinéa 1 du Code civil. Ces textes disposent que « le juge peut prononcer contre [les tuteurs et autres organes tutélaires ou contre les personnes chargées de la protection] des injonctions et condamner à l'amende civile prévue par le code de procédure civile [celles et ceux] qui n'y ont pas déféré ». La similarité avec l'astreinte

²⁷³⁹ S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 560 et s..

²⁷⁴⁰ CPC, art. 207.

²⁷⁴¹ Concernant le juge d'instruction : CPP, art. 109 et 113 : le second de ces textes dispose « Si le témoin entendu dans les conditions prévues à l'article précédent n'était pas dans l'impossibilité de comparaître sur la citation, le juge d'instruction peut prononcer contre ce témoin l'amende prévue à l'article 109 ». Or si celui-ci disposait « Si le témoin ne comparait pas, le juge d'instruction peut, sur les réquisitions du procureur de la République, l'y contraindre par la force publique et le condamner à l'amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe », la mention de l'amende a été supprimée par l'article 8 de la loi n° 2000-1354 du 30 décembre 2000, créant de ce fait une contradiction entre ces textes. Concernant les cours d'assise : CPP, art. 326. Concernant le tribunal correctionnel : CPP, art. 438.

²⁷⁴² S. Guinchard, C. Chainais, F. Ferrand, *Procédure civile, op. cit.*, n° 562.

est plus évidente que dans l'hypothèse précédente, les textes faisant expressément référence à des injonctions du juge. Une spécificité doit cependant être soulignée. À la différence de l'amende civile encourue par les témoins défaillants, l'ordre adressé par le juge ne l'est pas dans le cadre d'une procédure préalablement ouverte devant lui mais s'inscrit dans le cadre de la « surveillance générale » de la tutelle des mineurs ou des mesures de protection des majeurs²⁷⁴³ dont le juge des tutelles et le procureur de la République ont la charge²⁷⁴⁴. Il semble alors difficilement contestable que le juge des tutelles dispose dans ce cas d'un pouvoir d'auto-saisine. Cette hypothèse correspond en effet parfaitement à celles, identifiées par un auteur, dans lesquelles le juge, chargé de la surveillance et de la modification d'une situation objective dispose, à l'instar d'une administration, d'un pouvoir de saisine d'office²⁷⁴⁵. En dépit de l'évidence de ce pouvoir, il convient de se garder de conclusions hâtives. C'est en effet au stade de l'injonction que l'existence d'un pouvoir d'auto-saisine du juge semble faire consensus. L'amende civile n'intervient quant à elle qu'en cas de non-respect de cette injonction. La question rejoint de ce point de vue celle des amendes civiles prononcées à l'encontre des témoins défaillants²⁷⁴⁶.

Il semble, dans un cas comme dans l'autre, qu'il faille écarter toute qualification d'auto-saisine de la part du juge, ce dernier n'étant tout simplement pas dessaisi à la suite de l'ordre qu'il avait émis mais demeurant chargé d'en contrôler la bonne exécution.

b – Les peines pécuniaires privées et le pouvoir d'office du juge.

697. L'absence globale de pouvoir de saisine d'office du juge en matière de peines pécuniaires privées. Le juge semble généralement dépourvu de pouvoir de saisine d'office en matière de peines pécuniaires privées, ce qui se comprend au regard de l'attention généralement portée en la matière à la volonté de la victime d'exercer

²⁷⁴³ C. civ., art. 411-1, al. 1^{er} et art. 416, al. 1^{er}.

²⁷⁴⁴ Étant cependant entendu que seul le juge des tutelles peut prononcer les injonctions et condamner à l'amende civile : G. Raoul-Cormeil, « Art. 415 à 432 – Fasc. 30 : Majeurs protégés – Dispositions communes à toutes les protections – Procédure tutélaire », *J.-Cl. civil code*, LexisNexis, 2020 (actualisation févr. 2020), n° 18.

²⁷⁴⁵ R. Martin, « La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », art. préc., notamment n° 2 et 27.

²⁷⁴⁶ *Cf supra*, n° 695.

des poursuites²⁷⁴⁷. Tel est notamment le cas du mécanisme le plus proche des dommages et intérêts punitifs officiels que connaît notre droit, à savoir l'évaluation particulière du contrefacteur que prévoit le Code de la propriété intellectuelle²⁷⁴⁸. Cette évaluation s'inscrivant dans le cadre d'une action en responsabilité civile, elle suppose nécessairement une action ou une demande en justice de la part de la victime. On peut ajouter que la modalité de calcul donnant le plus aisément lieu à une analyse punitive, à savoir la fixation forfaitaire d'une somme « supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte », et pouvant se cumuler avec une indemnisation du préjudice moral²⁷⁴⁹, doit être spécifiquement demandée par la partie lésée²⁷⁵⁰.

698. Les difficultés particulières liées aux astreintes. Du point de vue de l'auto-saisine du juge, les astreintes soulèvent deux séries d'interrogations.

La première tient à la faculté reconnue aux juges par l'article L. 131-1 du Code des procédures civiles d'exécution d'ordonner « même d'office » une astreinte pour l'exécution de leurs décisions. Il ne s'agit toutefois là encore que d'un pouvoir d'office du juge dans le cadre d'une procédure ouverte devant lui. De plus, l'analyse précédemment proposée de l'astreinte tend à faire de cette phase l'équivalent de l'incrimination d'un comportement par le législateur²⁷⁵¹, ce qui impose de se concentrer, concernant la saisine du juge en matière d'astreinte, sur la seconde phase du mécanisme.

La seconde tient à la liquidation de l'astreinte. À rebours de la conception selon laquelle l'astreinte vise avant tout à assurer le respect des décisions de justice²⁷⁵², le juge doit, en matière d'astreintes civiles, nécessairement être saisi de la part du débiteur ou du créancier²⁷⁵³. Ce faisant, toute idée de saisine d'office du juge semble normalement écartée en présence d'une astreinte civile et plus généralement en matière de peine pécuniaire privée.

²⁷⁴⁷ Cf *supra*, n° 171, not. note n° 779 ; Cf *infra*, n° 712. Également en droit québécois, la jurisprudence que bien que l'octroi de dommages et intérêts punitifs soit discrétionnaires, ceux-ci doivent avoir été demandés : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1-382, note n° 308 *in fine*.

²⁷⁴⁸ Cf *supra*, n° 287.

²⁷⁴⁹ CPI, art. L. 331-1-3 et L. 331-1-4, al. 4. Concernant les éléments d'analyse de ces dispositions : cf *supra*, n° 287.

²⁷⁵⁰ CPI, art. L. 331-1-3, al. 2.

²⁷⁵¹ Cf *supra*, n° 297.

²⁷⁵² Cf *supra*, n° 328.

²⁷⁵³ F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc. n° 114. Le fait que l'astreinte puisse également être demandée par le débiteur tend cependant à accréditer l'idée que c'est davantage l'application des règles de procédure civile que la spécificité de l'intérêt supposément défendu par les peines privées qui justifie cette règle.

699. Conclusions. Un rapide regard sur les cas existants de peines pécuniaires privées permet de constater qu'en dépit de certains mécanismes originaux, il n'existe globalement pas de cas dans lesquels, en droit positif, le juge dispose d'un véritable pouvoir d'auto-saisine. Une telle faculté serait-elle envisageable en droit prospectif ? La question se pose dans la mesure où l'absence de précision relative aux modalités de prononcé de l'amende civile que l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile envisageait d'inscrire à l'article 1266 du Code civil avait suscité des interrogations sur le pouvoir du juge de prononcer d'office cette sanction²⁷⁵⁴. Un tel pouvoir aurait conduit à une réelle modification de l'objet du litige, rapprochant cette fois la faculté ainsi conférée au juge d'un cas d'auto-saisine.

2 – Les perspectives d'évolution de l'auto-saisine en matière de sanctions pécuniaires civiles.

700. La distinction entre auto-saisine en matière répressive et non-répressive. Quelle que soit la matière concernée, la tendance procédurale semble avoir été, ces dernières années, à un recul général du pouvoir d'auto-saisine des juridictions²⁷⁵⁵. Il importe cependant de distinguer sur ce point entre l'ensemble des procédures et celles pouvant résulter dans le prononcé d'une sanction ayant le caractère de punition. Alors que dans le premier cas, l'interdiction est susceptible de connaître des exceptions, elle semble absolue dans le second. Cette interdiction semble portée à tant par les jurisprudences constitutionnelles qu'européennes. Certaines disparités obligent cependant à envisager successivement la limitation constitutionnelle des facultés d'auto-saisine (a) et la limitation conventionnelle des facultés d'auto-saisine (b).

a – La limitation constitutionnelle des facultés d'auto-saisine.

²⁷⁵⁴ Ce pouvoir a par la suite été exclu par l'article 1266-1 du projet, qui prévoit que l'amende doit être demandée par la victime ou le ministère public.

²⁷⁵⁵ J.-F. Kerléo, « L'auto-saisine en droit public français », *art. cit.* ; C. Bléry, « Synthèse – Principes directeurs », *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, 2018, n° 4. Pour plus de précisions, voir : C. Bléry, N. Reichling, « Fasc. 500-25 : Principes directeurs du procès – Office du juge – Introduction – Déclenchement et extinction de l'instance », *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, 2020, n° 23 et s..

701. L'émergence de la distinction au sein de la jurisprudence constitutionnelle. La distinction entre auto-saisine en matière répressive et non répressive résulte expressément de la jurisprudence du Conseil constitutionnel²⁷⁵⁶. Ainsi, dans une décision du 7 décembre 2012, celui-ci affirmait « que le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles ; qu'il en résulte qu'en principe une juridiction ne saurait disposer de la faculté d'introduire spontanément une instance au terme de laquelle elle prononce une décision revêtue de l'autorité de chose jugée ; que, si la Constitution ne confère pas à cette interdiction un caractère général et absolu, la saisine d'office d'une juridiction ne peut trouver de justification, *lorsque la procédure n'a pas pour objet le prononcé de sanctions ayant le caractère d'une punition* (nous soulignons), qu'à la condition qu'elle soit fondée sur un motif d'intérêt général et que soient instituées par la loi des garanties propres à assurer le respect du principe d'impartialité »²⁷⁵⁷. L'incise ainsi opérée par le Conseil constitutionnel semble bien impliquer *a contrario* que l'interdiction de l'auto-saisine est absolue en matière répressive²⁷⁵⁸. Implicite dans cette décision, la distinction fut confirmée, soit que le Conseil prenne appui sur la séparation des autorités de poursuite et de jugement pour valider certaines dispositions²⁷⁵⁹, soit plus directement qu'il

²⁷⁵⁶ Voir sur les « difficultés et les doutes suscités par l'extension à la matière civile du principe de séparation des fonctions judiciaires répressives » : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 524. Les auteurs soulignent notamment les différences entre l'instruction et la mise en état et sur l'absence de partialité nécessaire en cas de cumul des fonctions.

²⁷⁵⁷ CC, Décision n° 2012-286 QPC, préc., considérant n° 4. Ph. Théry, « Inconstitutionnalité de la saisine d'office du tribunal de commerce : variations sur la nature des procédures collectives », art. préc. ; M.-A. Frison-Roche, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », art. préc. ; J.-L. Vallens, « La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal », *D.* 2013.338. S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès, op. cit.*, n° 528. Voir notamment, par la suite : CC, Décision n° 2013-352 QPC, 15 nov. 2013, considérant n° 6. Voir spécialement le commentaire de la décision p. 5. CC, Décision n° 2014-438 QPC, 16 janv. 2015, considérant n° 4. Voir déjà : CC, Décision n° 2011-200 QPC, 2 déc. 2011, n° 8, F. Miloudi, « L'impartialité des autorités de régulation bancaire remise en cause », *LPA* 2012/55, p. 3. ²⁷⁵⁸ M.-A. Frison-Roche, « Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », art. préc., II-A ; M. Roussille, « En l'absence de saisine d'office, la procédure AMF ne peut être sérieusement contestée », *Rev. soc.* 2014.670, n° 10 ; J.-M. Brigant, « Régime des abus de marché. Pas de saisine d'office de la Commission des sanctions de l'AMF », *RSC* 2015.360. Voir déjà : M.-A. Frison-Roche, « QPC, autorité de concurrence, autorité de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA* 2011/194, p. 25, n° 25 et s.. Spécialement sur l'idée de créer un parquet *ad hoc* devant l'autorité financière, n° 36 et 37. Voir plus récemment CC, Décision n° 2016-548, 1^{er} juill. 2016, A. Reygrobellet, « L'auto-saisine validée en matière d'injonction de publication des comptes », *Rev. soc.* 2017.15, n° 9 ; CC, Décision n° 2017-671 QPC, 10 nov. 2017 et Décision n° 2017-682 QPC, préc., A. Ponselle, « La saisine d'office du juge de l'application des peines devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2018.94.

²⁷⁵⁹ CC, Décision n° 2012-280 QPC, 12 oct. 2012, considérant n° 21, O. Le Bot, « Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité », *Constitutions* 2013.95 ; D. Rousseau, « La juridictionnalisation continue des AAI », *RLC* 2013/34, p. 89 ; S. Messai-Bahri, « Autorité de la concurrence : constitutionnalité de l'organisation et du pouvoir de sanction », *LPA* 2013/90, p. 9 ; CC, Décision n° 2015-489, préc., considérant n° 7 : « compte tenu de ces garanties légales, dont il appartient à la juridiction compétente de contrôler le respect, la décision du Conseil de la concurrence de se saisir d'office n'opère pas de confusion entre, d'une part, les fonctions de poursuite et d'instruction et, d'autre part, les pouvoirs de sanction » ; P. Wilhelm, « Synthèse – Institutions et procédures de concurrence » *J-Cl. Concurrence-Consommation*, 2019. Voir concernant la position de la Cour de cassation : Com., 25 févr. 2014, n° 13-18.871, M. Roussille, « En

censure certaines procédures répressives en raison du pouvoir d'auto-saisine de l'autorité de jugement²⁷⁶⁰.

702. La distinction entre saisine et pouvoir d'office. La rigueur ainsi affirmée par le Conseil constitutionnel semble contrebalancée par l'application restreinte du principe que fait celui-ci. Dans deux décisions du 6 juin 2014²⁷⁶¹ et du 16 janvier 2015²⁷⁶², le Conseil constitutionnel était appelé à se prononcer sur le pouvoir conféré au tribunal par les articles L. 621-12²⁷⁶³ et L. 631-15 du Code de commerce de convertir respectivement une procédure de sauvegarde ouverte devant lui en procédure de redressement ou une procédure de redressement ouverte devant lui en procédure de liquidation. Pour valider ces dispositions, le Conseil constitutionnel, après avoir rappelé l'interdiction de principe des pouvoirs de saisine d'office, affirme qu'en mettant un terme à la procédure d'observation, dans la première décision, de sauvegarde dans la seconde, pour les convertir en liquidation judiciaire dans la première hypothèse, en redressement dans la seconde, « le tribunal ne se saisit pas d'une nouvelle instance au sens et pour l'application des exigences constitutionnelles précitées »²⁷⁶⁴. La saisine d'office se distingue donc bien pour le Conseil constitutionnel du pouvoir d'office dans le cadre d'une procédure déjà ouverte²⁷⁶⁵.

l'absence de saisine d'office, la procédure AMF ne peut être sérieusement contestée », art. préc.. Pour une critique liée à l'analyse formelle livrée par la Cour de cassation : A.-V. Le Fur, « L'organisation structurelle de l'AMF suffit-elle à garantir le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité ? », *BJB* 2014.199 ; J.-M. Brigant, « Régime des abus de marché. Pas de saisine d'office de la Commission des sanctions de l'AMF », art. préc..

²⁷⁶⁰ Voir notamment, en matière d'AAI et d'API : CC, Décision n° 2017-675 QPC, 24 nov. 2017, considérants n° 12 et 13 ; O. Le Bot, « Nouvelle censure d'une AAI pour la méconnaissance de l'exigence de séparation des fonctions de poursuites et de jugement », *Constitutions* 2017.591 ; CC, Décision n° 2017-688 QPC, préc., considérants n° 8 et 9 ; « La procédure de sanction de l'agence antidopage est contraire à la Constitution », *AJDA* 2018.251 ; L. Domingo, « Impartialité et séparation des fonctions », *Constitutions* 2018.116. Voir plus généralement, exigeant une séparation des fonctions de poursuites et d'instruction d'une part et de jugement d'autre part : CC, Décision n° 2013-331 QPC, 5 juill. 2013, n° 12. Voir sur l'absence d'exigence de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction dans la jurisprudence de la Cour de cassation : M. Roussille, « En l'absence de saisine d'office, la procédure AMF ne peut être sérieusement contestée », art. préc., n° 16.

²⁷⁶¹ CC, Décision n° 2014-399 QPC, 6 juin 2014, A. Lienhard, « Conversion de sauvegarde en redressement judiciaire : constitutionnalité de la saisine d'office », *D.* 2015.156 ; J. Théron, « La constitutionnalité des pouvoirs exercés d'office par le tribunal au sein d'une instance », *GP* 2014/252, p. 21.

²⁷⁶² CC, Décision n° 2014-438 QPC, préc., L. C. Henry, « Le Conseil constitutionnel plus subtil que le législateur ! », art. préc. ; B. Rolland, « Retour sur la saisine d'office en cas de conversion de procédure », *Procédures* 2015, comm. 131. et « Réflexions sur la saisine d'office », in *Mélanges en l'honneur du Doyen G. Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 685.

²⁷⁶³ La mention de la faculté de se saisir d'office mentionnée à l'alinéa 2 de cet article a cependant été supprimée par l'article 2 de l'ordonnance n° 2014-1088 du 26 septembre 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

²⁷⁶⁴ CC, Décision n° 2014-399 QPC, préc., considérant n° 9 ; CC, Décision n° 2014-438 QPC, préc., considérant n° 9.

²⁷⁶⁵ P. Cagnoli, « Seules les véritables saisines d'office sont abrogées par le Conseil constitutionnel », art. cit. : « Plus généralement, c'est l'exercice de ses pouvoirs par le juge d'office, dans une instance déjà ouverte, qui échappe à la censure, pour peu que la contradiction soit respectée et qu'un objectif d'intérêt général soit

703. La lecture combinée des décisions du Conseil constitutionnel. Une interrogation se pose dès lors sur la combinaison de ces deux ensembles de décisions. D'une part, le Conseil constitutionnel affirme de façon claire l'impossibilité de déroger à l'interdiction des mécanismes d'auto-saisine lorsque ceux-ci sont appliqués en matière de sanctions ayant le caractère de punition. D'autre part, le Conseil semble refuser la qualification d'auto-saisine aux pouvoirs d'offices dont dispose le juge dans une instance déjà ouverte²⁷⁶⁶. Qu'en est-il, par exemple dans l'hypothèse des amendes civiles pour procédure abusive²⁷⁶⁷, lorsque le juge se voit attribuer, dans le cadre d'une procédure déjà ouverte, un pouvoir de prononcer d'office une sanction ayant le caractère d'une punition ? Il convient sans doute de distinguer. Tant le principe dispositif²⁷⁶⁸ que la logique présidant, au pénal, à la séparation des autorités de poursuite et de jugement invitent à considérer que lorsque le pouvoir reconnu au juge, prétendument dans le cadre d'une procédure déjà ouverte, aboutit à modifier l'objet du litige, un tel pouvoir est largement assimilable à celui de saisine d'office et devrait par conséquent être prohibé²⁷⁶⁹. Dans l'hypothèse inverse, et sous réserve de respecter certaines garanties procédurales, et notamment le principe du contradictoire²⁷⁷⁰, un tel pouvoir ne semble pas contraire aux garanties constitutionnelles.

b – La limitation conventionnelle des facultés d'auto-saisine.

caractérisé » ; A. Reygrobelle, « L'auto-saisine validée en matière d'injonction de publication des comptes », art. préc., n° 7. Voir déjà, antérieurement aux décisions étudiées du Conseil constitutionnel, B. Rolland, « Conversion d'une procédure de redressement en liquidation judiciaire : attention à l'application de la procédure de la saisine d'office ! », *JCP E* 2010, 1324.

²⁷⁶⁶ Voir également sur cette question : E. Debeats, N. Jacquinet, « Droit constitutionnel », *D.* 2018.1344.

²⁷⁶⁷ Cf *supra*, n° 694.

²⁷⁶⁸ Sur les interactions entre principe dispositif et auto-saisine voir par exemple : B. Rolland, « Conversion d'une procédure de redressement en liquidation judiciaire : attention à l'application de la procédure de la saisine d'office ! », art. préc..

²⁷⁶⁹ Voir par exemple : C. Bléry, N. Reichling, « Fasc. 500-25 : Principes directeurs du procès – Office du juge – Introduction – Déclenchement et extinction de l'instance », art. préc., n° 18 : « Prohibition de la saisine d'office – La règle est si évidente qu'il n'avait pas, jusqu'à présent, paru nécessaire de la consacrer expressément. Elle semble d'ailleurs n'avoir pratiquement jamais suscité de difficultés. On imagine mal que le juge se saisisse à titre principal d'un conflit pendant entre deux particuliers. On ne conçoit pas plus aisément que, saisi d'un litige, il profite de la circonstance pour régler en même temps d'autres aspects des rapports juridiques des parties sans que ces dernières l'aient sollicité de le faire ». *Contra* : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 309.

²⁷⁷⁰ Voir par exemple : P. Cagnoli, « Seules les véritables saisines d'office sont abrogées par le Conseil constitutionnel », art. cit.. Voir plus généralement : *infra*, n° 797.

704. La Cour européenne des droits de l'homme²⁷⁷¹. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme retenait historiquement, vis-à-vis des organes du procès pénal proprement dit, une conception particulièrement stricte des exigences de séparation des fonctions, progressivement adoucie²⁷⁷², sa position semble moins claire hors du procès pénal²⁷⁷³. En dépit d'une position moins tranchée, la Cour de justice de l'Union européenne semble retenir des solutions similaires. C'est à travers l'exigence d'impartialité objective du tribunal, telle qu'elle résulte de l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales que la Cour européenne des droits de l'homme appréhende cette question. Une lecture rapide de la jurisprudence européenne pourrait laisser penser que la Cour ne retient pas un principe de séparation des autorités de poursuite et de jugement. Ainsi, dans l'arrêt *Dubus c. France*, la Cour, statuant sur la conventionnalité de l'ancienne Commission bancaire, affirma que « la Cour s'accorde avec l'analyse du Conseil d'État, qui n'a pas remis en cause la faculté d'auto-saisine de la Commission bancaire, mais qui l'a subordonnée au respect du principe d'impartialité »²⁷⁷⁴.

705. Une analyse plus approfondie oblige toutefois à la nuance. Ainsi, dans l'arrêt *Didier c. France*, au sujet du Conseil des Marchés Financiers (CMF), la Cour, pour écarter le grief tenant au non-respect du principe d'impartialité objective, soulignait que « dès lors que le juge n'accomplit pas d'acte d'accusation, sa connaissance approfondie du dossier n'implique pas du préjugé. Or, en l'espèce, la Cour note que le rapporteur, désigné après la saisine du CMF par le président de la Commission des Opérations de Bourse, ne peut être à l'origine de la saisine »²⁷⁷⁵. Dès lors, l'affirmation selon laquelle la Cour « croit nécessaire d'encadrer plus précisément le pouvoir de se saisir d'office de manière que soit effacée l'impression que la culpabilité de la requérante a été établie dès le stade de l'ouverture de la procédure »²⁷⁷⁶ semble impliquer une distinction des fonctions de poursuite et de jugement. Ainsi, si une même institution peut exercer ces deux fonctions, les personnes les exerçant

²⁷⁷¹ Sur la position de la CJCE : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n° 522 et s..

²⁷⁷² S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n° 505.

²⁷⁷³ S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n° 510.

²⁷⁷⁴ CEDH, *Dubus S.A. c. France*, 11 juin 2009, n° 5242/04, § 60.

²⁷⁷⁵ CEDH, *Didier c. France*, 27 août 2002, n° 58188/00.

²⁷⁷⁶ CEDH, *Dubus S.A. c. France*, loc. cit..

doivent être distinctes²⁷⁷⁷. Toute difficulté n'est certes pas réglée. Certaines positions récentes du Conseil d'État font ainsi apparaître que l'application de la distinction des autorités de poursuite et de jugement dans le cadre d'une procédure administrative de sanction laisse place à certaines incertitudes²⁷⁷⁸. Toutefois, du moment que les dispositions de l'article 6 sont reconnues applicables, il apparaît que les mêmes individus ne peuvent exercer, au cours d'une même procédure, les fonctions de poursuite et de jugement²⁷⁷⁹.

706. Conclusions. À la lumière de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme, il ne semble alors pas envisageable, à la différence des positions soutenus par certains auteurs²⁷⁸⁰, de prévoir un véritable pouvoir de saisine d'office ou d'extension de l'objet du litige afin de prononcer des sanctions pécuniaires civiles, du moins lorsque celles-ci constituent des sanctions ayant le caractère de punition ou entrent dans le champ de la matière pénale. Le cas des amendes civiles de procédure et de celles prononcées par le juge des tutelles n'apparaît de ce point de vue pas significatif ou généralisable²⁷⁸¹. D'une part, il ne s'agit pas alors d'un véritable pouvoir de saisine d'office mais d'un pouvoir d'office dans une procédure déjà ouverte, pouvoir qui ne conduit pas à une modification significative de l'objet du litige. D'autre part, ces cas apparaissent comme la limite de ce qui paraît admissible au regard du principe d'impartialité et de la séparation des autorités de poursuite et de jugement auquel il conduit.

B – L'initiative du prononcé des sanctions pécuniaires civiles.

²⁷⁷⁷ Voir en revanche sur la confusion des fonctions d'instruction et de jugement : CEDH, *Nortier c. Pays-Bas*, n° 13924/88, § 30 à 38.

²⁷⁷⁸ Voir notamment : CE, 21 déc. 2018, n° 424520, C. Barrois de Sarigny, « Conformité au principe d'impartialité des pouvoirs de l'ANAH en matière de sanctions », *AJDA* 2019.715. Dans cet avis, le Conseil d'État, tout en qualifiant les accusations devant l'ANAH « d'accusations en matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ne considère pas que cette sanction doive être soumise aux stipulations de l'article 6 dès lors que ni le CA ni le directeur général de l'ANAH n'ont la qualité de tribunal et dès lors qu'un recours de plein contentieux devant une juridiction administrative est organisé (n° 3). Voir : X. Dupré de Boulois, L. Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'Homme », art. préc..

²⁷⁷⁹ Voir également : CEDH, *Grande Stevens c. Italie*, préc., § 137.

²⁷⁸⁰ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 308 et s..

²⁷⁸¹ Sans même évoquer ici le refus du Conseil d'État et de la Cour de cassation d'appliquer l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (*cf supra*, n° 539).

707. Les règles entourant l'initiative du prononcé des sanctions pécuniaires civiles fournissent sans doute un des exemples les plus visibles des divergences existantes entre sanctions pécuniaires civiles privée et publique. Alors que la compétence de principe est attribuée aux autorités publiques en matière d'amende civile (1), elle semble devoir être attribuée aux victimes en matière de peine pécuniaire privée (2).

1 – La compétence de principe attribuée aux autorités publiques en matière d'amende civile.

708. Le principe²⁷⁸². Véritable peine publique, l'amende civile ne saurait par principe être demandée par la victime du comportement réprimé²⁷⁸³. Les décisions rappelant ce principe sont peu nombreuses. À titre d'exemple, on peut citer un arrêt par lequel la Première chambre civile affirme que l'ancienne amende de fol appel est « étrangère à la partie adverse qui n'en profite pas [et ne saurait ainsi] donner ouverture, contre celle-ci, à un recours en cassation »²⁷⁸⁴. La même solution est plus clairement énoncée dans certaines décisions des juges du fond. Une cour d'appel a ainsi retenu que « le prononcé de l'amende civile prévue par l'article 32-1 du nouveau code de procédure civile relevant du seul office du juge [la demande de l'autre partie] formée à ce titre est irrecevable »²⁷⁸⁵.

709. Les justifications du principe. Sur le plan théorique, la solution paraît reposer sur l'absence d'intérêt de la victime à demander le paiement d'une amende qui ne lui est pas versée. Généralement exposée en doctrine²⁷⁸⁶, l'explication peut se

²⁷⁸² Sur les différentes compétences pour demander le prononcé d'une amende civile, *cf supra*, notes n° 2716 et S..

²⁷⁸³ Voir par exemple : E. Dreyer, « La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », art. préc., n° 14. *Contra* : F. Rouvière, « Le pouvoir répressif du juge civil », art. préc. : « En somme, il s'agit de penser (assez classiquement) une échelle des peines au sein de laquelle l'amende civile a sa place. C'est une hypothèse intermédiaire où l'opportunité des poursuites est abandonnée à l'arbitrage des volontés privées, ce qui est sans doute un levier plus efficace en matière économique ».

²⁷⁸⁴ Civ. 1^{re}, 20 juin 1966, bull. civ. I, n° 378. Voir également : civ. 3^{ème}, 4 déc. 1969, bull. civ. III, n° 790 : « Mais attendu que la condamnation d'un appelant à l'amende civile prévue par l'article 471 du Code de procédure civile, étrangère à la partie adverse qui n'en profite pas, ne saurait donner ouverture, contre celle-ci, à un recours en cassation ». Plus récemment : Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, n° 14-13.670 ; Soc., 12 janv. 2000, n° 98-41.734 ; Soc., 26 mars 1996, n° 93-40.640 ; Soc., 9 juill. 1979, n° 79-60.017 et 79-60.018.

²⁷⁸⁵ Paris, 26 janv. 2007, n° 06/3945 ; Paris, 29 juin 2007, n° 07/01660 ; Pau, 23 juin 2008, n° 06/03270.

²⁷⁸⁶ Par exemple : E. Blary-Clément, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », art. préc., n° 26.

réclamer de certaines décisions de justice²⁷⁸⁷. En particulier, un jugement du tribunal d'instance de Bar-sur-Seine est fréquemment cité en raison de la clarté de ses motifs : « Les dispositions de l'article 32-1 du nouveau code de procédure civile instituant une amende civile en cas d'action en justice dilatoire ou abusive, ne sauraient être mises en œuvre que de la propre initiative du tribunal saisi, *les parties ne pouvant avoir aucun intérêt matériel ni moral au prononcé d'une amende civile à l'encontre de l'adversaire, dès lors que le montant desdites amendes ne leur profite pas* »²⁷⁸⁸ (nous soulignons). L'absence d'intérêt moral pourrait éventuellement se prêter à la discussion. Toutefois, l'argument tiré de l'absence d'intérêt matériel relativement au prononcé d'une sanction dont le produit ne saurait être attribué à la victime ne semble, en revanche, pouvoir soulever aucune objection²⁷⁸⁹.

Sur le plan pratique, cette solution conduit à faire de l'amende civile la plus publique des peines : alors que la procédure pénale offre une place aux parties civiles, autrement dit à « ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »²⁷⁹⁰, aucun mécanisme similaire n'existe, au moins de façon générale, en matière d'amende civile²⁷⁹¹, si bien que celles-ci ne pourront être demandées que par le ministère public ou d'autres personnes habilitées à agir en défense d'un intérêt général²⁷⁹². Une telle spécificité peut paraître heureuse concernant des matières dans lesquels la cohérence de l'action répressive suppose un contrôle public de l'action répressive dans des domaines donnant, selon certaines conceptions, lieu à un usage

²⁷⁸⁷ Voir déjà les arrêts cités en note n° 2784. Voir également, en matière de pratiques restrictives de concurrence : Com., 3 mars 2015, préc. : « Mais attendu qu'il résulte de la réserve d'interprétation émise par le Conseil constitutionnel dans sa décision 2011-126 QPC du 13 mai 2011 que c'est seulement lorsque l'action engagée par l'autorité publique tend à la nullité des conventions illicites, à la restitution des sommes indûment perçues et à la réparation des préjudices que ces pratiques ont causés que les parties au contrat doivent en être informées ; qu'ayant constaté que le ministre avait renoncé en cours d'instance à poursuivre l'annulation des clauses litigieuses, c'est à bon droit que la cour d'appel a retenu que son action, qui ne tendait plus qu'à la cessation des pratiques et au prononcé d'une amende civile, était recevable ; que le moyen n'est pas fondé ».

²⁷⁸⁸ TI Bar-sur-Seine, 22 août 1980, *D.* 1982, 2, 205.

²⁷⁸⁹ À cela s'ajoute que les comportements réprimés par certaines amendes civiles, notamment celles infligées aux officiers d'état civil, peuvent de toute façon difficilement engendrer un préjudice privé. On peut par ailleurs souligner que dans le cas particulier prévu à l'article L. 651-2 du CCH pour lequel le produit de l'amende est versé à la commune dans laquelle est situé le local, l'amende est prononcée sur requête de ladite commune.

²⁷⁹⁰ CPP, art. 2.

²⁷⁹¹ On peut incidemment remarquer que certaines circulaires ou réponse ministérielles qualifient l'action en demande d'une amende civile d'action publique : Circulaire n° 2006-19 UHC/DH2 du 22 mars 2006 sur l'application des mesures relatives au changement d'usage des locaux d'habitation (NOR : SOCU0610463C) ; Réponse ministérielle à question écrite n° 54809, JOAN Q 2 avr. 2001, p. 2010.

²⁷⁹² C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », art. préc.. Sur la possibilité du ministre de l'économie, intervenu en première instance sur le fondement de l'article L. 470-5 du Code de commerce, de demander le prononcé d'une amende civile en appel : P. le More, « Chronique du droit de la concurrence et de la distribution », *Lexbase Hebdo édition affaire*, 2013/322.

excessif voire abusif des constitutions de partie civile²⁷⁹³. L'action à l'initiative d'autorités publiques permet également de palier l'inaction des victimes qui, en certains domaines, peuvent craindre les répercussions d'une action en justice sur leurs relations futures²⁷⁹⁴ : on pense évidemment à la matière commerciale. Il va toutefois sans dire qu'une telle spécificité peut également être perçue comme un inconvénient²⁷⁹⁵.

710. Les risques et limites concernant les amendes civiles existantes. Les risques liés à l'impossibilité pour la victime de déclencher la répression publique sont en effet réels. Ils sont pour partie d'ordre politique. Sans aller jusqu'à envisager la collusion entre les milieux financiers et les plus hautes sphères des pouvoirs publics, la priorité donnée à certains types d'infractions risque d'obérer la poursuite de comportements techniques et nuire ainsi à l'efficacité répressive²⁷⁹⁶. En l'absence même de tels risques, les autorités publiques, à commencer par le ministère public, n'ont pas toujours les moyens de connaître les faits susceptibles d'être réprimés²⁷⁹⁷.

Ces risques, au moins concernant l'absence de connaissance, sont relativement limités au sujet des amendes civiles de droit positif. Certes, l'absence de révélation des comportements par la victime semble d'autant plus probable qu'elle ne semble pas spécialement incitée à en informer les pouvoirs publics, n'étant pas attributaire du produit de l'amende. Cependant, concernant l'ensemble des amendes civiles de procédure, la détection des comportements ne soulève par hypothèse aucune difficulté. Il en va de même des cas dans lesquels l'amende est encourue en cas de non-respect de l'injonction adressée par un juge²⁷⁹⁸. Concernant les amendes prononcées à l'encontre des officiers d'état civil, la faculté reconnue au procureur de la République de contrôler les registres²⁷⁹⁹ lui fournit, sous réserve de l'exercer, un moyen efficace de détecter les manquements réprimables.

²⁷⁹³ Voir par exemple, en matière de pratiques restrictives de concurrence : M. Béhar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », art. préc.. Sur les difficultés liées à la possibilité pour la victime de se constituer partie civile dans certaines matières techniques voir par exemple : J.-M. Coulon, *La dépenalisation de la vie des affaires*, op. cit., propositions n° 21 à 24 ; F. Teitgen et B. Thouzellier, « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », art. préc., M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », art. préc., A-2 ; D. Schmidt et A.-V. le Fur, « Pour un tribunal des marchés financiers », art. préc..

²⁷⁹⁴ Voir par exemple : M. Malaurie-Vignal, « L'exemplarité de l'amende civile », art. préc., n° 15.

²⁷⁹⁵ Voir, en matière d'amendes administratives : Th. Perroud, « Les rapports entre l'administration et l'appareil judiciaire », art. préc., p. 54.

²⁷⁹⁶ D. Dechenaud, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires, libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale », art. préc., n° 8.

²⁷⁹⁷ *Ibid.*

²⁷⁹⁸ *Cf supra*, n° 695.

²⁷⁹⁹ C. civ., art. 53.

En d'autres hypothèses, l'importance des moyens à la disposition des autorités de poursuite rend crédible la détection des comportements : tel est notamment le cas de l'amende civile prévue à l'article L. 442-4, I du Code de commerce. L'alinéa 3 de l'article prévoit, en effet, qu'outre le ministère public, le ministre de l'économie peut demander le prononcé de l'amende civile prévue à cet article. Le ministre disposera dans ce cadre des services de la DGCCRF²⁸⁰⁰, rendant particulièrement probable la détection des pratiques restrictives de concurrence les plus significatives. Tel est également le cas de l'amende prévue à l'article L. 611-4-1 du Code rural et de la pêche maritime. Outre que celle-ci sanctionne l'inexécution de conventions de modération de marges conclues avec l'État, les chances de détection de ces manquements semblent particulièrement accrues par le fait que l'action peut aussi bien être introduite par le ministère public, le préfet de département, le ministre de l'agriculture et le ministre de l'économie.

Bien que tout risque d'absence de détection des comportements n'est pas à exclure, la majorité des amendes civiles existantes semblent ainsi relativement à l'abri des conséquences de la non-révélation par la victime.

711. Les risques et limites concernant les amendes civiles prospectives.

Une telle analyse deviendrait toutefois obsolète dans l'hypothèse où les amendes civiles seraient appelées à se développer pour couvrir des comportements divers. Les amendes civiles étant particulièrement envisagées pour lutter contre des comportements lucratifs, dont on sait qu'ils sont en de nombreuses hypothèses difficiles à détecter, la possibilité faite à la victime de déclencher la procédure répressive pourrait s'avérer salutaire. On comprend dès lors que l'amende civile pour faute lucrative envisagée par le projet de réforme du droit de la responsabilité civile attribuée à la victime qualité pour demander le prononcé de l'amende. Au regard du régime commun des amendes civiles, une telle prévision législative expresse semble en effet nécessaire pour que la victime dispose de cette faculté.

²⁸⁰⁰ Voir par exemple : L. Arcelin, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », art. préc., n° 6 ; J.-M. Meffre, N. Kouchnir-Cargill, « Rupture brutale des relations établies : mode d'emploi ; deuxième partie : conseils à la victime de la rupture », *Dr. et pat.* 2004.34 ; M. Béhar-Touchais, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », art. préc.. Voir également : Com., 3 mars 2015, n° 13-27.525 préc. ; M.-C. Mitchell, T. Delannoy, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », art. préc. ; J.-C. Roda, « Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », *D.* 2016.1304.

2 – La compétence de principe attribuée aux victimes en matière de peine pécuniaire privée.

712. Le principe de la demande par la victime et sa justification. Les différences opposant amende civile et peine pécuniaire privée sont particulièrement visibles au stade de l'action²⁸⁰¹. Une part de la doctrine, considérant que les peines privées se caractérisent par la protection exclusive d'un intérêt privé²⁸⁰², en déduit que seule la victime est en mesure de demander le prononcé d'une peine privée²⁸⁰³. Dans la mesure où l'analyse des peines privées en termes d'intérêt a été réfutée au cours des développements précédents²⁸⁰⁴, il ne paraît plus possible d'en conclure que le prononcé d'une peine privée est subordonné à la demande de la victime. Cependant, dans la mesure où la peine pécuniaire privée constitue la sanction pécuniaire d'une norme civile dont le produit est attribué à la victime²⁸⁰⁵ (nous soulignons), celle-ci présente des différences certaines avec l'amende civile. Particulièrement, l'analyse selon laquelle la victime n'aurait pas d'intérêt patrimonial au prononcé de la sanction n'est manifestement pas transposable aux peines pécuniaires privées, lui donnant ainsi « un intérêt légitime au succès ou au rejet »²⁸⁰⁶ de la prétention. Il en résulte que la faculté pour la victime de demander le prononcé d'une peine pécuniaire privée n'est généralement pas contestée²⁸⁰⁷.

L'analyse présente néanmoins un certain aspect artificiel : autant il paraît évident que seule la personne qui a subi un dommage peut en obtenir réparation, autant tel n'est pas le cas du produit d'une sanction à visée punitive. L'intérêt de la victime à agir ne découle dans cette hypothèse que du choix, en partie arbitraire, de lui attribuer le produit de la sanction. Autrement dit, l'intérêt à agir se rapproche en ce cas singulièrement d'une attribution légale de qualité à agir.

²⁸⁰¹ C'est sans doute en ce sens que certains auteurs ont affirmé que la nature de l'action à l'origine d'une peine privée et civile : L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 527.

²⁸⁰² Cf supra, n° 185.

²⁸⁰³ A. Jault, *La notion de peine privée*, op. cit., n° 313. Dans le même sens : E. Dreyer, « La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », art. préc., n° 1. Sur les difficultés spécifiques liées à la pluralité de victime, voir notamment : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 111 et s..

²⁸⁰⁴ Cf supra, n° 190 et s..

²⁸⁰⁵ Cf supra, n° 197.

²⁸⁰⁶ CPC, art. 31.

²⁸⁰⁷ Voir par exemple : L. Huguency, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, p. 3 et p. 17 ; S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 238 ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 249 et s., spéc. n° 254 ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 511 ; M. Crémieux, « Réflexion sur la peine privée moderne », art. préc., n° 7. Voir également en droit québécois : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, op. cit., n° 1-403.

De façon plus concrète, la notion de victime doit toutefois être précisée dans le cadre d'une action à visée répressive, particulièrement si la tentative devait être prise en compte²⁸⁰⁸. Une proposition a été faite en ce sens par Madame GRARE²⁸⁰⁹, afin de reconnaître à toute personne « visée par la faute » un intérêt à agir en justice à fin répressive. Dans la mesure où la restriction du champ de la réparation que proposait l'auteur²⁸¹⁰ ne semble pas devoir être adoptée, au moins dans un futur relativement proche, il semble possible de prendre quelques distances avec cette position. En présence d'un dommage effectif, il semble possible d'assimiler la personne « visée par la faute » à la victime. Ce n'est qu'en présence d'une simple tentative que cette distinction trouve son intérêt. L'autre solution envisagée en doctrine consisterait à attribuer à un tiers, spécialement le ministère public, qualité à agir, notamment afin de pallier les risques d'inaction liés aux craintes de représailles²⁸¹¹. Le régime de l'action rejoindrait alors globalement celui décrit en matière d'amendes civiles.

713. L'intérêt pratique de l'exercice de l'action par la victime a été plusieurs fois analysé²⁸¹². Outre l'effet cathartique généralement reconnu au pénal à l'action civile de la victime, l'intérêt patrimonial qu'aurait la victime à agir permettrait la détection de comportements qui resteraient sinon méconnus, rendant particulièrement efficace ce type de mesures répressives. À l'inverse, les risques de sur-judiciarisation parfois dénoncés à propos du système américain : l'absence de jurys en matière civile, les limitations de la publicité faites par les avocats²⁸¹³, la limitation de la fixation des honoraires d'avocat en fonction du résultat²⁸¹⁴, les limitations restreignant les actions de groupe²⁸¹⁵ encadreraient les risques de dérive²⁸¹⁶, lesquels seraient par ailleurs en partie fantasmés.

²⁸⁰⁸ Cf *supra* n° 253 et C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 476.

²⁸⁰⁹ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 478.

²⁸¹⁰ C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, notamment n° 429 et s..

²⁸¹¹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 305.

²⁸¹² Voir par exemple : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 480.

²⁸¹³ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 3 bis.

²⁸¹⁴ Loi n° 71-1130 du 31 décembre 1971 portant réforme de certaines professions judiciaires et juridiques, art. 10, al.5.

²⁸¹⁵ Cf *supra*, n° 464 et s..

²⁸¹⁶ L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 523 et s. ; C. Coutant-Lapalus, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, *op. cit.*, n° 517 et s. ; A. Jault, *La notion de peine privée*, *op. cit.*, n° 293 et s. ; M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », art. préc., n° 5 et « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », art. préc., n° 31 ; V. Lasserre-Kiesow, « La promotion des sanctions civiles en droit des pratiques

714. Le caractère accessoire ou autonome. Cette assimilation de principe de la personne ayant intérêt à agir en demande d'une peine pécuniaire privée à la victime n'implique pas que l'action à fin répressive soit accessoire à l'action en réparation, ne serait-ce que dans la mesure où l'idée même de réprimer la tentative implique la possibilité d'agir afin de voir prononcer une peine pécuniaire privée indépendamment de l'exercice d'une action en réparation²⁸¹⁷. Après de nombreuses controverses, cette solution semble notamment avoir été retenue en droit québécois²⁸¹⁸.

715. Les exceptions et l'attribution de qualité à agir. Dès lors que la peine privée ne vise pas exclusivement la protection de l'intérêt privé, est-il envisageable de prononcer une telle sanction en l'absence de demande de la part de la victime²⁸¹⁹ ? La question se pose particulièrement concernant les dommages et intérêts punitifs. La spécificité des clauses pénales en termes d'intérêt protégé rend en effet l'interrogation globalement inutile les concernant²⁸²⁰. Quant aux astreintes, au stade de leur liquidation, celles-ci peuvent être demandées tant par le créancier que par le débiteur soucieux d'être fixé sur son sort²⁸²¹.

Sans évoquer à ce stade la question de la transmission de la sanction une fois celle-ci prononcée²⁸²², le prononcé de dommages et intérêts punitifs faisant naître, en cas de succès, une créance monétaire, il serait *a priori* envisageable que des créanciers

anticoncurrentielles », art. préc. ; A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? - L'exemple des discriminations », art. préc., n° 14 et s.. Voir également, en faveur du modèle procédural américain : S. Bonifassi, « Judicialisation à l'américaine et / ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque », art. préc..

²⁸¹⁷ Concernant les solutions retenues dans les principaux systèmes étrangers consacrant des dommages et intérêts punitifs : *cf supra*, n° 256 et s..

²⁸¹⁸ J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1-388. Voir particulièrement *De Montigny c. Brossard (succession de)*, 2010 CSC 51, EYB 2010-181731, [2010] 3 R.C.S 64 : « Cependant, la demande de dommages-intérêts punitifs présentée en vertu de l'art. 49, al. 2 de la *Charte* québécoise par M, S et K en leurs qualités d'héritiers et de liquidateurs des successions était admissible et ce, même en l'absence, en l'espèce, de condamnation à leur payer des dommages-intérêts compensatoires à ce titre. À cet égard, une portée trop large a été donnée à l'opinion majoritaire dans l'affaire *Béliveau St-Jacques*, laquelle écarte le recours de l'art. 49, al. 2 de la *Charte* dans les seuls cas visés par des régimes publics d'indemnisation. En dehors de ce contexte, rien n'empêche de reconnaître le caractère autonome des dommages-intérêts punitifs ». L'analyse de la Cour suprême était certes en partie fondée sur la supériorité de la *Charte* québécoise, dont la violation est sanctionnée par l'octroi de dommages et intérêts punitifs, sur les règles de droit commun. La solution nous semble cependant transposable plus largement.

²⁸¹⁹ Sur les facultés de saisine d'office en matière de peine privée : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 258. L'analyse de l'auteur nous semble cependant devoir être nuancée au regard de la jurisprudence du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme.

²⁸²⁰ *Cf supra*, n° 326. *Adde* : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *loc. cit.*.

²⁸²¹ F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 114.

²⁸²² *Cf infra*, note n° 3292 *in fine*.

agissent par la voie de l'action oblique²⁸²³. Il est toutefois loin d'être exclu que la demande de dommages et intérêts punitifs, à supposer que ceux-ci soient consacrés, constitue un droit exclusivement attaché à la personne, privant de ce fait les créanciers de la voie de l'action oblique²⁸²⁴.

La question principale concerne cependant l'action à l'initiative d'autorités publiques²⁸²⁵. Sans revenir ici sur la question de la saisine d'office par le juge²⁸²⁶, est-il possible de confier à une telle autorité, notamment au ministère public, le pouvoir de demander une telle peine ? La question ne semblait pas directement envisagée par l'avant-projet sous la direction de Pierre CATALA. Il ne paraît pas non plus que cette question ait été traitée par le rapport rédigé par MM. ANZIANI et BÉTEILLE.

Le fait que les peines pécuniaires privées soient par principe soumises aux règles de procédure civile ne semble pas interdire de prévoir qu'une autorité, spécialement le ministère public, puisse agir pour demander leur prononcé. Ainsi, au-delà des personnes ayant intérêt au succès ou au rejet d'une prétention, l'article 31 du Code de procédure civile évoque les « cas dans lesquels la loi attribue le droit d'agir aux seules personnes qu'elle qualifie pour élever ou combattre une prétention, ou pour défendre un intérêt déterminé ». L'attribution d'une qualité pour agir peut aussi bien servir à restreindre l'action en justice, privant certaines personnes ayant un intérêt légitime au succès d'une prétention du droit d'agir en justice à cette fin²⁸²⁷, qu'à l'étendre à des personnes ne répondant pas aux conditions de l'intérêt à agir²⁸²⁸. Tel peut notamment être le cas de l'attribution de la qualité à agir en défense de l'intérêt général, en principe

²⁸²³ C. civ., art. 1341-1 : « Lorsque la carence du débiteur dans l'exercice de ses droits et actions à caractère patrimonial compromet les droits de son créancier, celui-ci peut les exercer pour le compte de son débiteur, à l'exception de ceux qui sont exclusivement rattachés à sa personne ».

²⁸²⁴ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 256.

²⁸²⁵ Concernant les aménagements de l'action civile, *cf supra*, n° 451 et s..

²⁸²⁶ Même dans le cadre d'une action en responsabilité civile, il ne nous semble pas que l'attribution de dommages et intérêts punitifs pourrait constituer un simple relevé d'office d'un moyen de pur droit, mais aboutirait à prononcer autre chose que ce qui était demandé par les parties, autrement dit à modifier l'objet du litige. Cette affirmation pourrait sembler contestable : la Cour de cassation a ainsi affirmé, au sujet de la déchéance du droit aux intérêts, que « la méconnaissance des dispositions d'ordre public du code de la consommation peut être relevée d'office par le juge » (Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 05-20.176, D. Legeais, « Crédit à la consommation. Pouvoir du juge de soulever d'office une disposition d'ordre public du code de la consommation », *RTD com.* 2009.421 ; S. Piédelièvre, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009.908 ; V. Avena-Robardet, « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », *D.* 2009.365). Or le caractère de peine privée de la déchéance aux intérêts est généralement admis : Amiens, 5 sept. 2019, préc.. Cette remarque a toutefois peu de conséquences. On pourrait considérer, dans un litige portant sur le remboursement d'un prêt et de ses intérêts, que la déchéance des intérêts entre bien, dans ce cas, dans l'objet du litige. Ce n'est qu'à cette condition nous semble-t-il qu'il est possible d'évoquer un simple relevé d'office d'un moyen de pur droit. Il faudrait autrement, au côté de certains auteurs, considérer que la qualification est erronée, le juge « se saisi[ssant] d'une contestation qui n'est pas dans le litige » (B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010.1300).

²⁸²⁷ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « HyperCours », *op. cit.*, n° 101 et 102.

²⁸²⁸ S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « HyperCours », *op. cit.*, n° 103 et s..

au ministère public. Celui-ci peut ainsi agir dans les cas prévus par la loi²⁸²⁹ ou afin de défendre l'ordre public²⁸³⁰. Dans la mesure où les dommages et intérêts punitifs ne sauraient se détacher de toute idée de protection de l'intérêt général, il pourrait sembler opportun en cas d'admission de ceux-ci, d'attribuer qualité au ministère public pour en demander le prononcé afin de ne pas subordonner entièrement l'efficacité répressive à la volonté de la victime²⁸³¹. À la façon des délits privés que connaît le droit pénal, la faculté de déclencher la répression pourrait cependant être laissée à la victime afin de tenir compte de la place prédominante de l'intérêt de la victime²⁸³². Entre l'attribution générale d'une qualité à agir pour le ministère public et la soumission totale à la volonté de la victime, il serait possible d'attribuer de façon ponctuelle qualité à agir au ministère public afin de tenir compte des spécificités des différents cas dans lesquels il serait fait appel aux dommages et intérêts punitifs²⁸³³.

§II – Le juge prononçant la sanction.

716. Présentant moins de particularités que le déclenchement de l'action tendant au prononcé d'une sanction pécuniaire civile, les spécificités de la juridiction prononçant la sanction paraissent se limiter à deux questions : l'identification de la juridiction compétente (A) et l'identification des qualités nécessaires de cette juridiction (B).

A – L'identification de la juridiction compétente.

717. Alors que le régime des sanctions pécuniaires civiles comporte plusieurs éléments d'incertitude, l'identification de la juridiction compétente ne semble pas soulever de problèmes importants, que ce soit en ce qui concerne la compétence matérielle (1) ou la compétence territoriale (2).

²⁸²⁹ CPC, art. 422 : « Le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi ».

²⁸³⁰ CPC, art. 423 : « En dehors de ces cas, il peut agir pour la défense de l'ordre public à l'occasion des faits qui portent atteinte à celui-ci ».

²⁸³¹ Voir par exemple : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 486.

²⁸³² Cf *supra*, n° 191 et s..

²⁸³³ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 255.

1 – Des incertitudes limitées concernant la compétence matérielle.

718. Alors que l'identification de la juridiction matériellement compétente en matière de peines pécuniaires privées est aisée (a), la compétence en matière d'amende civile ne semble appeler qu'une clarification marginale (b).

a – Une identification aisée en matière de peines pécuniaires privées.

719. Des solutions certaines en matière de clause pénale et d'astreinte. La clause pénale, contrat accessoire²⁸³⁴, suit de ce point de vue le sort du contrat principal. Le régime de l'astreinte, quoique plus spécifique, est bien connu : le prononcé de l'astreinte peut être réalisé par n'importe quel juge pour s'assurer du respect de sa décision²⁸³⁵, soit par le juge de l'exécution relativement à une décision rendue par un autre juge²⁸³⁶. En revanche, au stade de la liquidation, « l'astreinte, même définitive, est liquidée par le juge de l'exécution, sauf si le juge qui l'a ordonnée reste saisi de l'affaire ou s'en est expressément réservé le pouvoir »²⁸³⁷.

720. Des incertitudes limitées en matière de dommages et intérêts punitifs. Concernant les dommages et intérêts punitifs, deux situations sembleraient envisageables. Ceux-ci pourraient être consacrés au sein d'une action accessoire à l'action en réparation²⁸³⁸, auquel cas la question de la compétence pour prononcer cette sanction ne se poserait pas. Le caractère accessoire des dommages et intérêts punitifs ne s'impose certes pas²⁸³⁹. Toutefois, à supposer que ceux-ci soient consacrés sous une forme autonome, les règles de compétence devraient sans doute être alignées sur celles existant en matière de responsabilité civile. En présence d'une victime, la solution

²⁸³⁴ Cf *supra*, n° 299.

²⁸³⁵ F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 59 et s.. Voir plus spécifiquement sur l'absence d'influence de l'astreinte sur le taux de compétence : Soc., 22 oct. 2014, n° 12-19.587, C. Berlaud, « Astreinte et taux de compétence », *GP* 2014/310, p. 22.

²⁸³⁶ F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 67 et s.. Sur le cas d'un appel d'une décision assortie d'une astreinte dont les premiers juges s'étaient réservés le pouvoir de liquidation : Civ. 2^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-15.045, C. Brenner, « Liquidation en appel de l'astreinte ordonnée par le premier juge : d'une jurisprudence, l'autre ... », *GP* 2018/43, p. 25.

²⁸³⁷ CPCE, art. L. 131-3.

²⁸³⁸ Cf *supra*, n° 268 et 279.

²⁸³⁹ Cf *supra*, n° 714.

inverse exposerait cette dernière à introduire deux actions devant des juridictions distinctes, aboutissant à un résultat peu satisfaisant du point de vue de la rationalisation des moyens de la justice et susceptible de dissuader l'exercice des actions en demande de dommages et intérêts punitifs.

b – Une clarification marginale en matière d'amende civile.

721. Compétence et amende civile sont originellement intimement liées, une des principales difficultés historiques qu'a soulevé l'émergence de ces amendes tenant précisément à la compétence des juridictions civiles ou pénales²⁸⁴⁰. La majorité des amendes civiles existantes ne soulèvent toutefois plus de réelles difficultés concernant l'identification de la juridiction compétente. En particulier, aucune difficulté n'émerge concernant les différentes amendes civiles de procédure, lesquelles sont toujours prononcées par la juridiction devant laquelle la procédure se déroule²⁸⁴¹. Plus généralement, l'identification des juridictions compétentes pour prononcer les amendes civiles de droit positif ne semblent pas prêter à discussion. Ceci s'explique sans doute par le fait qu'un des éléments historiques d'identification des amendes civiles reposait dans la compétence des juridictions civiles : tribunal de grande instance, devenu tribunal judiciaire²⁸⁴², pour les amendes applicables aux officiers d'état civil²⁸⁴³, juge du tribunal judiciaire délégué aux affaires familiales pour l'amende civile prévue à l'article 373-2-6 du Code civil, juge des tutelles pour les amendes édictées aux articles 411-1 et 417 du Code civil, président du tribunal judiciaire pour les articles L. 641-9, L. 651-2, L. 651-4 et L. 651-7 du Code de la construction et de l'habitation, juridiction saisie sur le plan de la responsabilité civile en cas de non-respect des obligations d'information des salariés en cas de cession de contrôle de certaines sociétés²⁸⁴⁴.

722. Les incertitudes et difficultés spécifiques à certaines amendes civiles.

La lecture de certains textes instaurant des amendes civiles laisse plus incertain au sujet

²⁸⁴⁰ Cf *supra*, n° 35.

²⁸⁴¹ Voir en revanche sur la question de l'impartialité objective de la juridiction : *infra*, n° 728.

²⁸⁴² Loi n° 2019-222 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice et Loi org. n° 2019-221 relative au renforcement de l'organisation des juridictions.

²⁸⁴³ C. civ., art. 50, 63, 76 (par renvoi à l'article 50) ; COJ, art. R. 211-3-26, 4°, anciennement art. R. 211-4, 4° : « Le tribunal judiciaire a compétence exclusive dans les matières déterminées par les lois et règlements, au nombre desquelles figurent les matières suivantes : [...] 4° Amendes civiles encourues par les officiers de l'état civil ».

²⁸⁴⁴ C. com., art. L. 23-10-1 et L. 23-10-7.

de l'identification de la juridiction compétente. Ainsi, les articles L. 521-3-1 et L. 611-4-1 du Code rural et de la pêche maritime disposent que les amendes civiles édictées par ces articles sont prononcées par « la juridiction civile compétente ». La formule rappelle celle de l'article L. 442-4 du Code de commerce, qui dispose que « l'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente »²⁸⁴⁵. Concernant cet article, l'identification des juridictions en cause est toutefois précisée par un règlement d'application qui désignait expressément les tribunaux de grande instance, devenus tribunaux judiciaires, et les tribunaux de commerce, alors qu'un tel règlement, à notre connaissance, n'a pour l'instant pas été adopté concernant les articles du Code rural et de la pêche maritime. La réunion des tribunaux de grande instance, d'instance et de proximité au sein d'un tribunal judiciaire unique simplifie néanmoins pour l'avenir les interrogations que la compétence matérielle pour prononcer ces amendes civiles aurait pu soulever²⁸⁴⁶.

2 – Des difficultés ponctuelles en matière de compétence territoriale.

723. La compétence territoriale pour prononcer certaines amendes civiles appelle pour l'heure des précisions. Ainsi, l'article L. 521-3-1 V° du Code rural et de la pêche maritime, tel qu'il résulte de l'ordonnance n° 2019-362 relative à la coopération agricole du 24 avril 2019, prévoit qu'un décret précise le siège et le ressort des juridictions compétentes pour connaître des litiges relatifs à cet article, décret qui, fin 2019, n'était pas adopté. Cette difficulté apparaît toutefois conjoncturelle et est appelée à disparaître. Reste que la spécialisation territoriale des juridictions soulève parfois certaines difficultés pratiques, ainsi qu'en témoigne l'expérience en matière de pratiques restrictives de concurrence.

724. Les difficultés liées aux aménagements de compétence. De telles difficultés sont apparues concernant l'article L. 442-4, anciennement L. 442-6, du

²⁸⁴⁵ Sur l'articulation de la compétence des juridictions civiles et commerciales dans le cadre de cet article : F. Buy, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale. Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles. Actes du colloque tenu le 27 novembre 2017 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier*, op. cit., p. 131, spéc. p. 133.

²⁸⁴⁶ Le tribunal paritaire des baux ruraux ne saurait *a priori* être compétent pour régler cette question, la compétence ne lui étant attribuée par aucun texte.

Code de commerce. Dans le cadre d'une volonté de spécialisation des juridictions, les articles D. 442-3 et D. 442-4 du Code de commerce, renvoyant respectivement à l'annexe 4-2-1 et à l'annexe 4-2-2 du même code, limitent les juridictions compétentes pour appliquer l'article L. 442-4 du Code de commerce. Plus précisément, le premier de ces textes attribue à certains tribunaux de commerce compétence pour connaître des procédures qui sont applicables aux commerçants et artisans, le second attribue compétence à certains tribunaux judiciaires pour connaître des procédures qui sont applicables aux autres personnes²⁸⁴⁷. Dans les deux cas, la Cour d'appel de Paris est seule compétente en appel²⁸⁴⁸. Cette solution participe manifestement d'une volonté d'aboutir à une plus grande spécialisation des juridictions²⁸⁴⁹, spécialisation dont on peut penser qu'elle présente un réel intérêt dans certains domaines techniques²⁸⁵⁰. En pratique, les autorités publiques, comme les victimes, peuvent, du fait de la nature délictuelle de l'action exercée sur ce fondement, opter pour la juridiction spécialisée dans le ressort de laquelle se situe le domicile du défendeur, le lieu du fait dommageable ou le lieu dans lequel le dommage a été subi²⁸⁵¹. Il résulte de plus de la jurisprudence²⁸⁵² que l'action exercée par les autorités publiques visées par l'article ne semble susceptible ni d'être affectée par une clause compromissoire, ni de l'être par une clause attributive de compétence²⁸⁵³. Le cas particulier de cette amende, qui

²⁸⁴⁷ Les tribunaux de commerce de Marseille, Bordeaux, Tourcoing, Fort-de-France, Lyon, Nancy, Paris, Rennes. Concernant les tribunaux judiciaires, la compétence appartient aux tribunaux des mêmes villes, Tourcoing étant remplacé par Lille.

²⁸⁴⁸ Concernant l'évolution de la jurisprudence en matière de compétence en appel en cas de saisine d'une juridiction incompétente en première instance : Com., 21 mars 2018, n° 16-28.412, « Pratiques restrictives (juridictions spécialisées) : compétence de la cour d'appel de Paris », *D.* 2018.612.

²⁸⁴⁹ F. Buy, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », art. préc..

²⁸⁵⁰ *Cf supra*, n° 355.

²⁸⁵¹ Com., 18 oct. 2011, n° 10-28.005, Y. Picod et al., « Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2011.2961.

²⁸⁵² En matière de clause attributive de compétence : Paris, 21 juin 2017, n° 15/18784, S. Clavel, F. Jault-Seséke, « Droit international privé », *D.* 2018.966. En matière de clause compromissoire : Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, préc., « Pratique restrictive (action du ministre) : exclusion d'une clause compromissoire », *D.* 2016.1910. Sur la justification de cette décision du point de vue du pouvoir de prononcer une amende civile : J.-C. Roda, « L'arbitre, le juge étatique et l'action du ministre », *D.* 2016.1910, n° 6. S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n° 834, spéc. p. 1484, note n° 4. Certains auteurs, sur la base de cette décision, se sont prononcés pour la qualification de loi de police en ce qu'il crée un droit d'action propre à certaines autorités publiques en défense de l'intérêt général (L. d'Avout, « Droit du commerce international », *D.* 2016.2025, préc.), qualification expressément retenue dans une affaire récente par les juges du fond : TC Paris, 2 sept. 2019, préc., F. Buy, J.-C. Roda, « *Big is not beautiful !* (Amazon au crible du déséquilibre significatif) », *AJ contrat* 2019.433.

²⁸⁵³ La situation de l'action exercée par la victime est infiniment plus complexe, complexité particulièrement révélée à l'occasion du contentieux en matière de rupture brutale des relations commerciales établies. Alors qu'une clause du contrat ne pourrait pas attribuer compétence à une autre juridiction interne que celles textuellement prévues (H. Barbier, « Les limites à la liberté du choix du juge compétent pour connaître d'une rupture des relations commerciales établies », *RTD civ.* 2017.391), la validité d'une clause compromissoire n'est pas exclue (Com., 1^{er} mars 2017, n° 15-22.675, H. Barbier, « Les limites à la liberté du choix du juge compétent pour connaître d'une rupture des relations commerciales établies », art. préc.. Voir également : N. Boucaron-Nardetto, « Exception d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : nouvelle illustration », *AJCA* 2016.245. La

s'inscrit dans un contexte de relations contractuelles entre parties privées, met alors en lumière une règle qui ne soulève pas de difficulté dans les autres cas existants d'amendes civiles : l'impossibilité de principe d'aménager conventionnellement la compétence de la juridiction habilitée à prononcer l'amende civile.

725. L'éviction des difficultés soulevées par la spécialisation des juridictions en matière de pratiques restrictives de concurrence. Une fois les juridictions spécialisées déterminées, selon les règles précédemment énoncées, il pourrait sembler que toute question de compétence territoriale devrait disparaître. Sans que le contentieux sur cette question ne soit massif, plusieurs difficultés se sont toutefois faites jour concernant l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce. Ces difficultés ont spécialement été de deux ordres : l'articulation des compétences entre juridictions, spécialisées²⁸⁵⁴ ou non²⁸⁵⁵, et la compétence d'une cour d'appel autre que celle de Paris devant laquelle l'appel avait été interjeté à l'encontre d'une décision rendue en première instance par un tribunal incompétent en application des règlements

validité des clauses attributives de compétence se présente par ailleurs sous un angle particulier en droit international (Sur les difficultés dans un contexte international : M.-E. Ancel, « L'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce en droit international privé », *RJ com.* 2009. 200 ; D. Mainguy, « La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.1495 ; F. Jault-Seseke, « Responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies : l'action de nature extracontractuelle est indirectement soumise à la loi du contrat », *D.* 2014.1250 ; S. Corneloup, « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie et le droit international privé de l'Union européenne », in *Mélanges offerts au professeur P. Bloch*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 419). Par application du principe de proximité, l'action, même délictuelle, introduite par le cocontractant sur le terrain de la rupture brutale d'une relation établie peut faire l'objet d'une telle clause, indépendamment de la qualification de loi de police du texte applicable au fond (Civ. 1^{re}, 18 janv. 2017, n° 15-26.105, C. Nourissat, « La rupture brutale de la relation commerciale devant le juge élu : pour une stricte application de l'article 23 du règlement "Bruxelles I" », *A. J. contrat* 2017.139 ; H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *D.* 2017.1011. Précisant en considérant que la qualification de loi de police semble rejetée sur le terrain de la loi applicable : L. d'Avout, « Droit du commerce international », *D.* 2017.2054 ; S. Clavel, F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *D.* 2018.966, préc.. Voir également : Com., 21 juin 2017, n° 16-11.828 ; D. Bureau, « Persistance du contentieux international de la rupture de relations commerciales établies », *Rev. crit. DIP* 2018.126). Concernant la position de la CJUE : CJUE, *Apple sales international*, 24 oct. 2018, aff. C-595/17, L. Usunier, « Clause attributive de juridiction et comportements anticoncurrentiels : la Cour de justice corrige le tir », *RTD civ.* 2019.289.

²⁸⁵⁴ Voir notamment le conflit de compétence entre le tribunal de grande instance de Paris, compétent en matière de dessins et modèles communautaires en application de l'article L. 522-2 du Code de la propriété intellectuelle, et le tribunal de commerce de la même ville. En dépit de l'extension qu'opère le texte aux questions connexes de concurrence déloyale, la Cour de cassation considéra que le tribunal de grande instance ne pouvait connaître des questions relatives à l'application de l'ancien article L. 442-6 : Com., 6 sept. 2016, n° 15-16.108, « Dessins et modèles (compétence) : question connexe de concurrence déloyale », *D.* 2016.1756, Ph. Théry, « Variations procédurales autour de l'article L. 442-6 du code de commerce », *RTD civ.* 2016.921 ; F. Pollaud-Dulian, « Étendue de la compétence exclusive du TGI en droit de la propriété intellectuelle », *RTD com.* 2018.681 ; M. Malaurie-Vignal, « La prorogation légale de compétence du tribunal de grande instance prévue par l'article L. 522-2 du Code de la propriété intellectuelle ne trouve application qu'à l'égard d'une question connexe de concurrence déloyale », *CCC* 2016, comm. 231 ; L. Marino, « Compétence du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce ? La ligne de partage est désormais claire en droit des dessins et modèles communautaires ! », *Propriété industrielle* 2016, comm. 87 ; F. Buy, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle », art. préc., p. 133.

²⁸⁵⁵ Com., 6 sept. 2016, n° 14-27.085 et 15-15.328, Ph. Théry, « Variations procédurales autour de l'article L. 442-6 du Code de commerce », art. préc. ; F. Buy, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle », art. préc., p. 134 et s..

d'application de l'ancien article L. 442-6²⁸⁵⁶. Pour intéressantes que soient ces questions, elles ne concernent toutefois pas directement l'amende civile édictée en matière de pratique restrictive de concurrence, la compétence des juridictions spécialisées propres à l'actuel article L. 442-4 du Code de commerce paraissant en la matière incontestable.

B – Les qualités nécessaires de la juridiction.

726. Alors que la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen reste muette sur les garanties procédurales accordées aux citoyens²⁸⁵⁷, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en son article 6, pose les bases du procès équitable²⁸⁵⁸. Ce n'est pas seulement le droit à un juge que consacre cet article, mais plus profondément le droit à un « bon juge »²⁸⁵⁹. À la différence des sanctions administratives, l'application de cet article aux sanctions pécuniaires civiles, et notamment aux amendes civiles, ne devrait pas soulever de difficultés dès lors que celles-ci sont prononcées par une autorité juridictionnelle²⁸⁶⁰. Ce seul fait semble effectivement rendre inutile tout développement concernant l'organisation structurelle des juridictions²⁸⁶¹. Tout au plus peut-on souligner que le fait que certaines amendes civiles portent sur l'exercice abusif du droit d'accès au juge invite à retenir une lecture particulièrement exigeante de ces sanctions²⁸⁶². Certaines incertitudes demeurent néanmoins, la Cour de cassation ayant parfois explicitement²⁸⁶³ ou implicitement²⁸⁶⁴ refusé l'application de l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de

²⁸⁵⁶ Com., 29 mars 2017, n° 15-17.659 et 15-24.241 ; X. Henry, « Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », *RTD com.* 2018.523 ; Ph. Théry, « Variations procédurales autour de l'article L. 442-6 du code de commerce », art. préc. ; F. Buy, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle », *loc. cit.*

²⁸⁵⁷ Voir toutefois sur le rôle joué en la matière par le Conseil constitutionnel : S. Guinchard, « Procès équitable », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017 (actualisation mai 2019), n° 302.

²⁸⁵⁸ Voir également l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

²⁸⁵⁹ S. Guinchard, « Procès équitable », *loc. cit.* ; S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 457 et s.. Voir également, sur le droit à un tribunal indépendant et impartial : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », Paris, 10^{ème} éd., 2011, n° 264 et s..

²⁸⁶⁰ Voir spécialement pour les amendes civiles : *supra*, n° 81 et 99.

²⁸⁶¹ Sur ces questions voir par exemple : S. Guinchard, « Procès équitable », art. préc., n° 303 et s.. Sur l'indépendance des tribunaux : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 465 ; F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 265.

²⁸⁶² Cf *supra*, n° 536 et s.. Sur la limitation spécifique qu'induit la consignation du montant de l'amende civile en matière d'action au pénal : CEDH, *Aït-Mouhoub c. France*, 28 oct. 1998, n° 22924/93, § 57 à 59.

²⁸⁶³ Crim., 27 févr. 2002, préc..

²⁸⁶⁴ Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, préc..

l'Homme aux amendes civiles pour procédure abusive. Cependant, les principes en cause dans ces décisions, principe du contradictoire et motivation de la décision, relèvent davantage du prononcé de la sanction que des caractéristiques inhérentes à la juridiction les prononçant. Il en va de même des garanties propres aux accusations en matière pénale et notamment à la présomption d'innocence qui touche dans une large mesure à la preuve du comportement²⁸⁶⁵. Seule semble pertinente au regard des présents développements la question de l'impartialité des juges appelés à prononcer des sanctions pécuniaires civiles. Élément central des jurisprudences européennes²⁸⁶⁶ et constitutionnelle concernant le procès équitable, l'impartialité des juges se divise entre impartialité personnelle et fonctionnelle²⁸⁶⁷.

727. La sanction pécuniaire civile et l'impartialité personnelle. La première correspond à l'absence de faveur ou de défaveur accordée par le juge « en son for intérieur » à l'un des plaideurs. Le fait que le juge soit amené à prononcer une sanction pécuniaire civile ne présente de ce point de vue pas de spécificité²⁸⁶⁸, la Cour de cassation rappelant simplement qu'une cour d'appel ne peut justifier le prononcé d'une amende civile en des termes incompatibles avec l'exigence d'impartialité. Avait ainsi violé ce principe une cour d'appel qui, pour condamner une plaideuse à une amende civile pour appel abusif, avait affirmé que cette partie, avocate de profession, « substitue l'invective au raisonnement juridique sensé que l'on pourrait légitimement attendre d'elle, que ses connaissances juridiques sont approximatives, que l'appel [...] est absurde, que cette plaideuse qui fait état à temps et à contre-temps de sa qualité d'avocate dans ses affaires purement privées aurait dû être convaincue à la lecture du jugement entrepris de l'inanité de ses prétentions, que ses connaissances juridiques sont affligeantes »²⁸⁶⁹.

²⁸⁶⁵ Sur ces questions : *cf infra*, n° 807.

²⁸⁶⁶ Pour le droit de l'Union européenne, voir : Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, art. 47§2 : « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial, établi préalablement par la loi. Toute personne a la possibilité de se faire conseiller, défendre et représenter » (nous soulignons).

²⁸⁶⁷ S. Guinchard, « Procès équitable », art. préc., n° 385 et s.. On parle aussi d'impartialité objective ou subjective : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, n° 266.

²⁸⁶⁸ Voir pour une présentation générale : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 552.

²⁸⁶⁹ Civ. 3^{ème}, 4 juill. 2007, n° 06-13.738, G. Vignerot, « Droits de la défense », *Loyers et Copropriété* 2007, comm. 207.

728. La sanction pécuniaire civile et l'impartialité fonctionnelle.

L'impartialité fonctionnelle correspond au risque de partialité fondé sur l'apparence²⁸⁷⁰. Expressément mis en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme dans le cadre du contrôle d'impartialité du juge²⁸⁷¹, elle constitue un des éléments majeurs du droit au procès équitable²⁸⁷². Toutefois, le fait que les sanctions pécuniaires civiles soient prononcées par une juridiction limite, notamment par rapport aux sanctions administratives, la spécificité de cette question²⁸⁷³. De ce point de vue, la principale particularité que paraît présenter le prononcé de sanctions pécuniaires réside dans le mode spécifique de saisine des juridictions pour prononcer certaines de ces sanctions, point sur lequel il convient de renvoyer aux développements précédents²⁸⁷⁴.

*

* *

729. Conclusion de section. L'essentiel des difficultés que soulèvent les sanctions pécuniaires civiles quant aux acteurs de l'instance tiennent au déclenchement de la procédure. En dépit d'incertitudes soulevées, en droit positif, par le régime de certaines amendes civiles, il ne semble pas possible d'admettre de façon générale que le juge puisse disposer en la matière d'un pouvoir d'auto-saisine. Une fois cette hypothèse écartée, il convient de constater que la situation des amendes civiles et des peines pécuniaires privées est sur ce terrain rigoureusement différente, en dépit de dérogations possibles aux règles de principe : alors que l'action tendant au prononcé d'une amende civile relève par principe de la compétence d'une autorité publique de poursuite, spécialement le ministère public, l'action en matière de peines pécuniaires privées appartient normalement à la victime. Ces différentes précisions n'épuisent

²⁸⁷⁰ Pour une première référence à l'importance de l'apparence du point de vue du procès équitable : CEDH, *Delcourt c. Belgique*, 17 janv. 1970, n° 2689/65, § 31.

²⁸⁷¹ Voir notamment : CEDH, *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 févr. 1997, n° 22107/93. L.-E. Pettiti, « Indépendance et impartialité d'une cour martial », *RSC* 1997.889 ; R. Koering-Joulin, « Indépendance et impartialité du tribunal. Impartialité subjective », *RSC* 1998.392.

²⁸⁷² Voir sur la force du principe : A. Fitte-Duval, « La théorie des apparences, nouveau paradigme de l'action publique ? », *AJDA* 2018.440.

²⁸⁷³ Concernant l'application de ce principe aux autorités de régulation : A. Fitte-Duval, « La théorie des apparences, nouveau paradigme de l'action publique ? », art. préc..

²⁸⁷⁴ *Cf supra*, n° 688 et s.. *Adde*, sur l'exercice successif de fonctions différentes par un même magistrat : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme, op. cit.*, n° 267. Concernant le cas spécifique où l'astreinte est liquidée par le juge qui l'avait prononcé : Ph. Gerbay, « Arrêt d'exécution provisoire ou sursis à exécution de l'astreinte liquidée ? », *Procédures*, 2009, étude 8, n° 7.

toutefois par les interrogations concernant l'introduction de l'action conduisant au prononcé d'une amende civile. Quelle que soit la personne compétente pour introduire une telle action, quelle que soit la juridiction saisie, l'action doit normalement être introduite dans un délai, qu'il convient désormais d'étudier.

Section II – Le temps de la demande.

730. Peu important les raisons qui le justifient – apaisement des relations sociales, disparition des preuves, sanction de l'inaction²⁸⁷⁵, etc. – les actions en justice sont enserrées dans un délai, appelé délai de prescription²⁸⁷⁶ extinctive²⁸⁷⁷. À l'exception des crimes contre l'humanité²⁸⁷⁸, l'action publique relative à l'ensemble des infractions pénales connaît une prescription extinctive. Celle-ci interviendra, par principe²⁸⁷⁹, au bout de vingt ans à compter de la commission d'un crime²⁸⁸⁰, de six ans à compter de la commission d'un délit²⁸⁸¹, d'un an à compter d'une contravention²⁸⁸². Ces règles ne sont cependant pas transposables aux sanctions pécuniaires civiles dès lors que celles-ci ne constituent pas des mesures pénales. Il n'est, par ailleurs, pas certain qu'elles s'adaptent sans difficultés aux règles prévues en matière de prescription de l'action civile : tant les difficultés liées au point de départ et à la durée

²⁸⁷⁵ C. Chainais (dir.), *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2014, p. 248. Pour un exposé des justifications et critiques en procédure pénale, voir par exemple : Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019 (actualisation juill. 2019), n° 3 et 4. Voir déjà : R.-J. Pothier, *Traité des obligations*, op. cit., n° 679.

²⁸⁷⁶ Elles peuvent également connaître des délais de forclusion. Sur la différence entre ces deux notions, voir par exemple : N. Balat, « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016.751 ; F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, op. cit., n° 1765. En particulier le débat existant pour savoir si la prescription est extinctive de l'action ou de l'obligation (voir par exemple M. Mignot, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », *GP* 2014/254, p. 15 et s. : « Le délai de forclusion est un délai pour agir en justice, donc un délai de procédure. Il porte sur le droit d'action. [...] Par comparaison, la prescription [...] porte sur l'obligation »), semble difficilement transposable aux sanctions pécuniaires civiles. Spécialement en matière d'amendes civiles, celles-ci ne créent pas d'obligations au sens du droit civil.

²⁸⁷⁷ En dépit d'un certain rapprochement entre prescriptions extinctives et (M. Bandrac, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, Paris, 1986 ; F. Zenati, S. Fournier, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996.339. Ces auteurs considèrent qu'outre un fondement commun tenant à une mise en conformité du droit aux faits, les deux prescriptions reposent également sur une technique commune : à titre principal un effet acquisitif, à titre corrélatif un phénomène extinctif. Voir également l'article 2219 du Code civil de 1804 : « La prescription est un moyen d'acquiescer ou de se libérer par un certain laps de temps, et sous les conditions déterminées par la loi », les deux mécanismes apparaissent aujourd'hui distincts : M. Mignot, « Prescription extinctive – Dispositions générales », *J.-Cl. Civil code*, LexisNexis, 2016 (Mise à jour : 18 déc. 2018), n°2 et 3.

²⁸⁷⁸ CPP, art. 7, al.3.

²⁸⁷⁹ Pour les dérogations concernant le point de départ ou la durée du délai de prescription : CPP, art. 7, al.2, art. 8, al.2, al. 3 et al. 4.

²⁸⁸⁰ CPP, art. 7, al.1.

²⁸⁸¹ CPP, art. 8, al.1.

²⁸⁸² CPP, art. 9.

de prescription de la sanction pécuniaire civile (§I) qu'aux effets de cette prescription (§II) méritent d'être respectivement évoquées.

§I – Le point de départ et la durée de la prescription de la sanction pécuniaire civile.

731. La détermination du jour à partir duquel la prescription est acquise constitue un enjeu aussi central qu'évident de l'étude du régime de la prescription. Afin de parvenir à déterminer cette date, généralement qualifiée de *dies ad quem*, il convient bien sûr de déterminer la durée de la prescription, mais également de cerner son point de départ, le *dies a quo*. Ce délai théorique de prescription (A) déterminé, cette dernière peut toutefois connaître des causes de perturbation de son cours (B).

A – Le délai théorique de prescription.

732. Alors que le régime des peines pécuniaires privées semble commander un alignement du délai de prescription sur le droit de la responsabilité civile (1), un aménagement semble nécessaire en ce qui concerne les amendes civiles (2).

1 – L'alignement du délai de prescription des peines pécuniaires privées sur le droit de la responsabilité civile.

733. La focalisation de l'analyse sur les dommages et intérêts punitifs. Les difficultés liées à la prescription de l'action se posent différemment selon le type de peine pécuniaire civile considéré. Ainsi, les clauses pénales, dont la dimension partiellement indemnitaire et la spécificité de la norme sanctionnée facilitent le rattachement à la responsabilité civile²⁸⁸³, ne semblent pas soulever de difficultés particulières du point de vue de la prescription²⁸⁸⁴. Une rapide analyse de la question semble en revanche nécessaire concernant les dommages et intérêts punitifs dans l'hypothèse où ceux-ci seraient introduits dans notre droit.

²⁸⁸³ Cf *supra*, n° 319 et s. et n° 326.

²⁸⁸⁴ Concernant l'application de l'article 2224 du Code civil à l'action en liquidation d'une astreinte : Civ. 2^{ème}, 21 mars 2019, n° 17-22.241, A. Leborgne, « Droit de l'exécution », *D.* 2019.1306 ; S. Lemoine, E. de Leiris, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2019.1792.

734. Les principes régissant le point de départ de la prescription. Par principe, les peines privées sont soumises aux règles de prescription du droit civil²⁸⁸⁵. Concernant la prescription civile, le point de départ de droit commun est déterminé par l'article 2224 du Code civil : « Les actions se prescrivent [...] à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer »²⁸⁸⁶. À ce principe s'ajoute une pluralité de points de départ spéciaux à certaines actions en responsabilité civile : outre le point de départ de droit commun, certains domaines connaissent ainsi pour point de départ de la prescription la réalisation du dommage²⁸⁸⁷, ce qui n'est pas sans soulever des difficultés en cas de dissimulation du comportement dommageable²⁸⁸⁸, la consolidation du dommage²⁸⁸⁹, ou d'autres point de départ spécifiques²⁸⁹⁰. Il faut enfin tenir compte de l'existence de délais butoirs dont le point de départ diffère fréquemment de celui du délai de prescription normal²⁸⁹¹.

735. Un point de départ sévère pour le justiciable exposé à la sanction. Dès lors que l'action visant au prononcé d'une peine pécuniaire privée est par principe exercée par la victime, ou de façon plus large par une personne privée « visée par la faute »²⁸⁹², le choix du point de départ de la prescription en fonction de la connaissance par le titulaire du droit des faits lui permettant de l'exercer semble pertinent. On peut

²⁸⁸⁵ Voir déjà : R. Demogue, *Traité des obligations en général*, t. IV, *op. cit.*, n° 513.

²⁸⁸⁶ Voir par exemple sur cette question : C. Chainais (dir.), *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, *op. cit.*, p. 261 ; P. Maistre du Chambon, « art. 1382 à 1386 – Fasc. 222 : régime de la réparation – Action en réparation – Prescription », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, 2012 (actualisation févr. 2020), n° 80 et s..

²⁸⁸⁷ J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, Economica, Paris, 2013, n° 19 et s.. Concernant le droit des sociétés : C. com., art. L. 225-254 : « L'action en responsabilité contre les administrateurs ou le directeur général, tant sociale qu'individuelle, se prescrit par trois ans, à compter du fait dommageable (nous soulignons) ou s'il a été dissimulé, de sa révélation ». En matière de SARL : C. com, art. L. 223-23. Voir également les articles L. 237-12, al.2 : « L'action en responsabilité contre les liquidateurs se prescrit dans les conditions prévues à l'article L. 225-254 » et L. 822-18 : « Les actions en responsabilité contre les commissaires aux comptes se prescrivent dans les conditions prévues à l'article L. 225-254 ». Sur l'application de ces différents textes voir plus spécifiquement J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 56. En revanche, concernant la réparation des dommages liés à l'environnement (J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 57 et s.), l'article 4 de la loi n° 2016-1087 du 8 août 2016 pour la reconquête de la biodiversité, de la nature et des paysages, tout en réduisant le délai prévu à l'article L. 152-1 du Code de l'environnement de trente à dix ans, a abandonné le point de départ que constituait le fait générateur du dommage au profit du point de départ de droit commun. Voir également l'article 2226-1 du Code civil.

²⁸⁸⁸ J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 27 et s. et 43 et s..

²⁸⁸⁹ En matière de dommage corporel : C. civ., art. 2226. Sur les difficultés que peuvent soulever cette hypothèse : J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 90 et 91.

²⁸⁹⁰ Ainsi la prescription des actions en responsabilité à l'encontre des « personnes ayant représenté ou assisté les parties en justice » court à compter de la fin de leur mission : C. civ., art. 2225. Voir de façon plus générale : G. Viney, « Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *RDC* 2009, p. 493, II-A-2.

²⁸⁹¹ Ainsi le délai prévu à l'article 2232 du Code civil commence à courir « à compter du jour de la naissance du droit ».

²⁸⁹² Cf *supra*, n° 712.

toutefois se demander si l'application de ce point de départ n'est pas trop sévère pour l'auteur du comportement réprimé. La fixation du point de départ de la prescription à la connaissance du fait permettant d'exercer l'action semble légitime dans le cadre de rapports relevant d'intérêts strictement privés. Elle se comprend particulièrement bien sous l'angle sanctionnateur de la prescription : comment reprocher à celui qui ne pouvait connaître les faits donnant naissance à son droit de ne pas l'avoir exercé ? La règle se discute davantage dans le cadre d'une action répressive. Dans ce cadre, la protection des droits du justiciable visé par la sanction apparaît particulièrement importante. De ce point de vue, en droit pénal, sauf cas particuliers²⁸⁹³, le point de départ de la prescription est la commission de l'infraction. On peut alors se demander s'il est légitime de soumettre celui qui s'expose à une peine pécuniaire privée à une règle procédurale plus sévère.

736. Un point de départ conforme à l'efficacité de la sanction. À ces considérations s'opposent toutefois des impératifs d'efficacité de la sanction édictée : dépourvue des moyens d'investigation du ministère public, la victime ne découvrira généralement le comportement fautif qu'au moment où elle découvre le dommage qu'elle a subi. Sauf éventuellement à conférer de façon générale au ministère public qualité à agir pour demander le prononcé de telles peines²⁸⁹⁴, les dommages et intérêts punitifs risqueraient de rester en certaines hypothèses lettre morte faute pour la victime d'avoir connu le comportement, celui-ci n'ayant pas été révélé à temps. Le fait de retenir le même point de départ de la prescription que pour l'action en réparation présente en outre l'avantage de la simplicité, la coexistence de deux points de départ de la prescription pouvant être difficilement intelligible, notamment pour des victimes profanes.

737. Les difficultés spécifiques d'application. À ces considérations d'opportunité s'ajoutent des difficultés techniques. D'une part, à supposer que le point de départ prévu à l'article 2224 du Code civil s'applique, quel est le fait dont doit avoir connaissance la victime ? Concernant l'action en réparation, il s'agit classiquement du

²⁸⁹³ Notamment le report dû à la minorité de la victime ou en certains cas au caractère occulte ou continu des infractions : *Cf infra*, n° 747.

²⁸⁹⁴ *Cf supra*, n° 715.

dommage²⁸⁹⁵, lequel ne saurait apparaître avant son fait générateur. La solution ne s'imposerait pas avec la même évidence dans le cas où le législateur consacrerait des dommages et intérêts punitifs purement répressifs. Plus particulièrement, si, ainsi que semble le souhaiter une partie de la doctrine, de tels dommages pouvaient réprimer une simple tentative, il faudrait admettre que ceux-ci trouvent leur origine dans la seule commission d'une faute. Même en application des règles de droit commun, les actions exercées par la victime, en indemnisation et à fin répressive, pourraient dès lors être soumises à des prescriptions ayant deux points de départ distincts²⁸⁹⁶.

D'autre part, la question de l'application des points de départ spécifiques à certaines actions en responsabilité civile aux dommages et intérêts punitifs se pose dès lors que le rattachement de ces derniers à la responsabilité civile semble contestable²⁸⁹⁷. Leur application aux dommages et intérêts punitifs semble discutable²⁸⁹⁸, sauf à considérer qu'en évoquant l'action en responsabilité, les textes prévoyant des points spécifiques de départ de la prescription ne visent pas la responsabilité civile dans son sens technique, mais tout mécanisme de responsabilité inclus, même artificiellement, dans le champ du droit civil.

738. Des difficultés transposables à la durée de la prescription. Les mêmes difficultés se posent au sujet de la durée de la prescription. Fixée par principe à cinq ans par l'article 2224 du Code civil, elle est parfois étendue en faveur de certaines actions²⁸⁹⁹, comme par exemple en matière de dommage corporel²⁹⁰⁰ ou restreinte afin de limiter les risques d'engagement de la responsabilité de certains justiciables, comme par exemple en matière de droit des sociétés²⁹⁰¹. À titre de comparaison, le délai de prescription serait ainsi plus court qu'en matière délictuelle, le délai y ayant été porté à six ans²⁹⁰², mais plus long qu'en matière contraventionnelle, la prescription étant

²⁸⁹⁵ Voir par exemple : J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 61. Même en cas de connaissance du dommage, la prescription peut toutefois ne pas courir si la victime ignore légitimement l'imputabilité du dommage à un fait générateur de responsabilité déterminé : J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 697.

²⁸⁹⁶ Sans même évoquer le cas d'une pluralité de victimes titulaires d'un droit d'agir en demande de dommages et intérêts punitifs. Sur le point de départ de la prescription dans ce cas : J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 704.

²⁸⁹⁷ Cf *supra*, n° 329.

²⁸⁹⁸ Sur la distinction entre responsabilité civile et mécanisme civil de responsabilité, cf *supra*, n° 105 et s..

²⁸⁹⁹ Voir de façon générale sur les dérogations au délai de droit commun de la prescription civile : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1771 et s..

²⁹⁰⁰ C. civ., art. 2226.

²⁹⁰¹ Cf *supra*, note n° 2887.

²⁹⁰² CPP, art. 8 tel qu'issu de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

désormais en ce domaine de trois ans²⁹⁰³. En dehors de ce délai de principe, faudrait-il appliquer les délais spéciaux à certaines actions en responsabilité civile aux peines pécuniaires privées²⁹⁰⁴ ?

Deux hypothèses sont de ce point de vue envisageables. Les délais spéciaux de prescription peuvent avoir pour objet de réduire le délai ou de l'allonger. Les réductions de la durée de la prescription en certains domaines sont-elles transposables sans difficulté aux peines pécuniaires privées ? Généralement prévues pour alléger la responsabilité de certains justiciables particulièrement susceptibles d'engendrer des dommages tout en menant une activité socialement utile, il peut sembler qu'une telle réduction du délai de prescription ne devrait pas s'appliquer en présence de comportements jugés suffisamment nocifs pour mériter l'aménagement d'une sanction spécifique. Inversement, est-il pertinent d'appliquer aux dommages et intérêts punitifs l'allongement des délais prévus en certains domaines par faveur à la victime ? On pourrait en douter, celle-ci disposant en tout état de cause d'un allongement du délai de prescription concernant l'action en réparation, ce qui peut sembler de nature à préserver suffisamment ses intérêts.

739. Proposition. On peut alors se demander s'il convient de façon générale d'aligner le point de départ et la durée de la prescription en matière de dommages et intérêts punitifs sur ceux de la responsabilité civile. La solution relèverait de l'évidence si l'action visant à obtenir le prononcé de cette sanction était vue comme accessoire à l'action en réparation. Tel n'est toutefois pas nécessairement le cas²⁹⁰⁵. Même si on retient le caractère autonome de l'action répressive, il pourrait sembler pertinent, pour des raisons pratiques de simplicité et d'efficacité²⁹⁰⁶ d'aligner par principe le point de départ et la durée de la prescription sur ceux de l'action en réparation. L'opportunité d'un tel alignement est particulièrement sensible concernant le point de départ de la prescription. Il est plus discutable concernant la durée de la prescription. Quelle que soit la solution retenue, la question de la prescription de l'action visant au prononcé de dommages et intérêts punitifs devrait être réglée expressément. À défaut, du fait des

²⁹⁰³ CPP, art. 9 tel qu'issu de la loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

²⁹⁰⁴ Cf *supra*, note n° 2887 et 2889. De façon plus générale sur les délais spéciaux de prescription en matière de responsabilité civile : C. Brenner, H. Lécuyer, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169, n° 31 et s..

²⁹⁰⁵ Cf *supra*, n° 714. Pour une discussion au sujet de l'avant-projet sous la direction de Pierre CATALA : cf *supra*, n° 279 et s..

²⁹⁰⁶ Voir notamment les arguments développés concernant le point de départ de la prescription : *supra* n° 735.

difficultés à rattacher ces sanctions à la responsabilité civile dans un sens technique, il pèserait sur la prescription des actions visant au prononcé de dommages et intérêts punitifs une incertitude quant à l'application des règles dérogatoires à l'article 2224 du Code civil²⁹⁰⁷.

D'une façon plus générale, on peut sans doute remarquer que les tensions que connaissent les peines pécuniaires privées s'expriment de façon particulièrement nette concernant la prescription de l'action. En effet, l'action est, par principe, exercée par une personne privée, qui n'aura généralement pas les connaissances juridiques ou les moyens d'investigation du ministère public. Une telle caractéristique devrait sans doute conduire à placer le point de départ de la prescription au jour de la connaissance du fait permettant d'agir, sauf à risquer de priver la sanction de toute effectivité. Cette solution entre en conflit avec la dimension répressive du mécanisme qui devrait conduire à faire courir la prescription à partir de la commission de la faute et devrait induire, à l'image du droit pénal, une variation en fonction de la gravité du comportement et non du domaine dans lequel s'inscrit le manquement réprimé.

2 – *Un aménagement nécessaire en matière d'amendes civiles.*

740. Une question marginale en droit positif. En raison des caractéristiques des différents cas d'amende civile existant en droit positif, la question de la prescription des actions visant au prononcé d'amendes civiles ne paraît se poser que rarement en pratique, expliquant peut-être le désintérêt général de la doctrine pour cette question²⁹⁰⁸. Concernant les amendes civiles de procédure, la question ne semble pas susceptible de recevoir des applications²⁹⁰⁹. Il en va de même pour les amendes civiles sanctionnant le non-respect d'injonctions prononcées par le juge. À l'égard des autres amendes civiles, la question semble davantage se poser en pratique.

²⁹⁰⁷ Sur les incertitudes soulevées par cette question en droit québécois : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1-402.

²⁹⁰⁸ G. Liet-Veaux, « Réflexions nouvelles sur les changements de destination ou d'affectation de locaux », *JCP N* 1990, 100926, II, 1°.

²⁹⁰⁹ Tel est notamment le cas des amendes pour action abusive, le juge devant prononcer l'amende en même temps qu'il rejette la demande.

741. L'application des règles civiles de prescription²⁹¹⁰. La question de la prescription des amendes civiles s'est très tôt posée au sujet des amendes applicables aux officiers publics et d'état civil. Ainsi, dans un arrêt du 30 juin 1814, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait été appelée à trancher la question de la prescription des amendes applicables aux notaires en raison du non-respect de la loi du 25 ventôse an XI sur le notariat, amendes prononcées « par le tribunal civil »²⁹¹¹. La Cour de cassation avait, dans cet arrêt, admis que le délai de prescription applicable à ces amendes était le délai trentenaire alors applicable en vertu de l'ancien article 2262 du Code civil à toute action réelle ou personnelle, rejetant expressément l'application de l'article 638 du Code d'instruction criminelle, lequel prévoyait une prescription de trois ans en matière délictuelle.

Cette solution, à savoir la transposition du délai civil de droit commun actuellement de cinq ans, semble plus généralement transposable, en l'absence de prévisions contraires, à l'ensemble des amendes civiles²⁹¹². Une difficulté particulière apparaît cependant en matière de pratiques restrictives de concurrence. Les décisions de jurisprudence précisant le régime des actions fondées sur l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce, actuellement L. 442-4, ne manquent pas, renvoyant aux règles de la prescription commerciale²⁹¹³. Ces décisions, généralement rendues en matière de rupture des relations commerciales établies, concernent cependant l'action intentée par la victime. Or, le caractère autonome de l'action introduite sur le fondement de l'ancien III de l'article ayant été affirmé avec force, tant par la Cour de cassation²⁹¹⁴ que par la Cour européenne des droits de l'homme²⁹¹⁵, on peut s'interroger sur l'existence d'une

²⁹¹⁰ Voir par exemple concernant les officiers d'état civil : G. Launoy, « Art. 50 à 54 – Fasc. unique : actes de l'état civil – Contrôle, surveillance et responsabilité des officiers de l'état civil », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, 2015 (mise à jour juill. 2019), n° 29.

²⁹¹¹ Crim., 30 juin 1814, *Journal du palais*, 1814, t. 40, p. 335 et s..

²⁹¹² Voir, concernant l'amende pour changement d'affectation des locaux : Soc., 7 juin 1961 : Bull. civ. 1961, IV, n° 607 ; Soc., 11 juin 1965 : Bull. civ. 1965, IV, n° 452 ; G. Liet-Veaux, « Réflexions nouvelles sur les changements de destination ou d'affectation de locaux », *loc. cit.* ; D. Blaise, « Construction et urbanisme – Fasc. 900 : changement d'usage des immeubles », *J-Cl. Notarial formulaire*, 2015, n° 98.

²⁹¹³ Com., 11 mai 2010, n° 09-10.797, O. Staes, « Prescription et pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *Revue de droit des transports*, comm. 170 ; Com., 27 mars 2019, n° 17-18.676.

²⁹¹⁴ Voir en premier lieu : Com., 8 juill. 2008, n° 07-16.761, M. Bélaval, R. Salomon, « Chambre commerciale », *D.* 2008.2752 ; M. Béhar-Touchais, « Contrats illicites », *RLC 2008/17* ; M. Chagny, « Droit des obligations », *JCP G 2008*, doctr. 218, n° 18 et s ; A. Ballot-Léna, « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E 2008*, 2143 ; M. Bandrac, « A propos de l'action exercée par le ministre de l'Economie (art. L. 442-6, III, C. com.). Quelques observations de l'ordre de la tétatologie juridique », *D.* 2008.3046 ; M. Malaurie-Vignal, « La Cour de cassation reconnaît la spécificité de l'action du ministre de l'économie fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *CCC 2008*, comm. 237. Voir plus récemment : Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, préc., J.-C. Roda, « L'arbitre, le juge étatique et l'action du ministre », préc..

²⁹¹⁵ CEDH, *Galec c. France*, 17 janv. 2012, req. n° 51255/08, A.-M. Luciani, « Conformité à l'article 6 de la Convention EDH des pouvoirs du ministre de l'économie pour lutter contre les pratiques restrictives de

prescription spécifique à cette action²⁹¹⁶, question qui ne semble pour l'heure pas parfaitement tranchée. Dans la mesure où l'action du ministre est généralement qualifiée de délictuelle ou quasi-délictuelle par la Cour de cassation²⁹¹⁷, la question pourrait sembler ne pas soulever de difficulté : c'est oublier que la prescription de l'action court à partir du jour auquel le titulaire du droit aurait dû connaître l'existence du fait lui permettant de l'exercer. Comment combiner cette règle avec la pluralité d'autorités mentionnées à l'ancien article L. 442-6, III, actuel L. 442-4, I du Code de commerce ?

742. Les amendes civiles dont la prescription est expressément régie par la loi. Enfin, en de rares hypothèses, la question de la prescription des amendes civiles est réglée par un texte. Tel est particulièrement le cas à l'article 68 de la loi du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement²⁹¹⁸. L'alinéa 2 de l'article dispose notamment qu' « Aucune amende civile ne peut être prononcée pour des faits remontant à plus de trois ans avant la demande ». Ce faisant, la loi du 1^{er} septembre 1948 prévoit non seulement un délai de prescription particulier, qui est de trois ans, mais également un point de départ spécifique, celui de la commission des faits.

concurrence », *JCP G* 2012, 462. Cette précision s'inscrivait dans le cadre d'un débat suscité par l'action du ministre en restitution, laquelle aurait méconnu le droit des victimes des pratiques de ne pas agir en justice (voir par exemple : D. de Béchillon, Ch. Jamin, « La Convention européenne des droits de l'Homme au supermarché », *D.* 2007.2313 ; A. Penneau, « L'article L. 442-6, III, du Code de commerce en question », *D.* 2007.2630), position reprise par certains juges du fond (Versailles, ch.12, sect. 2, 3 mai 2007, *SA Coopérative groupement d'achats des centres Leclerc (Galec) c/ Min. Économie et Fin.* : *Juris-Data* n° 2007-333342 ; A.-M. Luciani, « L'action du ministre de l'économie en nullité et en répétition de l'indu déclarée irrecevable pour contrariété à l'article 6 de la Convention EDH », *JCP G* 2007, II 10191). Cette lecture a été rejetée par la Cour européenne des droits de l'homme (Voir pour une présentation générale de ce débat : G. Chantepie, N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », art. préc., n° 164 et s.. Le Conseil constitutionnel a également validé cette action, assortie néanmoins d'une réserve d'interprétation visant à ce que les parties aux contrats aient été informées de l'introduction de l'action (CC, Décision n° 2011-126 QPC, préc., « "Pratiques restrictives" : action du Ministre validée par le Conseil constitutionnel », *CCC* 2011, alerte 52), condition désormais expressément reprise à l'article L. 442-4 I du Code de commerce.

²⁹¹⁶ M. Malaurie-Vignal, « Autonomie de l'action du ministre de l'économie agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *CCC* 2010, comm. 44.

²⁹¹⁷ Voir de façon générale : Com., 18 oct. 2011, art. préc., E. Chevrier, « Pratiques restrictives : nature de l'action du ministre de l'économie », *D.* 2011.2652 ; N. Mathey, « Action du ministre et compétence territoriale », *CCC* 2012, comm. 9 ; E. Chevrier, « L'action – autonome – en responsabilité quasi-délictuelle du ministre », *Dalloz actu*, 2 nov. 2011.

²⁹¹⁸ Loi n° 48-1360 du 1^{er} septembre 1948 portant modification et codification de la législation relative aux rapports des bailleurs et locataires occupants de locaux d'habitation ou à usage professionnel et instituant des allocations de logement.

743. L'intérêt d'une règle générale. La soumission pure et simple de l'amende civile aux principes de droit commun régissant la prescription de l'action civile, et plus spécifiquement de l'action en responsabilité civile, ne paraît pas opportune. C'est spécialement le point de départ de droit commun de la prescription qui peut paraître inadapté : dans la mesure où l'action sera en principe déclenchée par le ministère public ou une autre autorité publique²⁹¹⁹, la prise en compte de la date de connaissance des faits par la victime ne présenterait aucune logique, d'autant qu'une victime privée ne sera pas toujours identifiable. Faut-il alors retenir comme point de départ de la prescription la commission des faits ou la connaissance par l'autorité publique chargée de l'action des faits lui permettant de l'exercer ? Cette solution soulève plusieurs difficultés. D'un point de vue théorique, il peut sembler contestable d'appliquer l'article 2224 du Code civil à cette hypothèse, cet article visant « le titulaire d'un droit », qualification qui paraît contestable concernant celui qui exerce une action autonome en défense de l'intérêt général²⁹²⁰. D'un point de vue pratique, en cas de pluralité d'autorités chargées d'exercer l'action, le point de départ des prescriptions de leurs différentes actions risque de varier. Surtout, sauf à retenir une acception extrêmement exigeante du moment auquel les autorités publiques auraient dû connaître les faits permettant d'exercer l'action, le point de départ risque d'être reporté en certains cas très longtemps après les faits. Une telle solution aboutit, certes, à assurer au mieux l'effectivité du mécanisme, encore qu'il soit possible de s'interroger sur les difficultés probatoires qui résulteront de poursuites longtemps après les faits. Cette solution semble en revanche extrêmement dangereuse pour le justiciable qui ne pourra, en certains cas, que se prévaloir du délai butoir de vingt ans prévu à l'article 2232 du Code civil²⁹²¹.

744. Proposition. La sécurité juridique, la préservation des droits du justiciable exposé à la sanction, ainsi que la cohérence du mécanisme supposerait la

²⁹¹⁹ Cf *supra*, n° 708.

²⁹²⁰ Un auteur a ainsi souligné que le ministère public n'agit au civil dans le cadre d'un contentieux subjectif, donc pour faire reconnaître un droit substantiel, que lorsqu'il représente l'État, titulaire de ce droit substantiel. A l'inverse, l'action du ministère public en défense des intérêts généraux de la société s'inscrit dans le cadre d'un contentieux objectif : V. Mikalef-Toudic, *Le ministère public, partie principale dans le procès*, PUAM, Aix-en-Provence, 2006, n° 258 et s.. L'action du ministère public en vue du prononcer d'une amende civile s'inscrit mal dans cette présentation. Dès lors, en effet, qu'elle ne vise pas à questionner la validité d'un acte, il ne semble pas possible d'y voir une forme de contentieux objectif. On peut toutefois admettre qu'en ce cas le ministère public n'agit pas sur le fondement d'un droit substantiel, rendant difficile l'application de règles de prescriptions pensées pour des actions visant à faire valoir de tels droits.

²⁹²¹ Sur la question du point de départ de ce délai : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 1779.

prévision de règles de droit commun spécifiquement applicables à la prescription des amendes civiles. Au sujet du point de départ, la dimension répressive du mécanisme et les difficultés tenant à l'application du point de départ de droit commun de la prescription en matière civile plaident sans doute, à l'image de la solution retenue en droit pénal et dans la loi du 1^{er} septembre 1948, pour la fixation au jour de la commission des faits. Un tel point de départ pourrait cependant rendre nécessaire la prévision d'un aménagement en cas de comportements occultes ou dissimulés, à l'instar de ce que prévoit désormais l'article 9-1, alinéa 2 du Code de procédure pénale en matière de crimes et de délits²⁹²².

Du point de vue du délai, il paraît possible d'opter soit pour un délai de droit commun unique de prescription des amendes civiles, soit pour une adaptation des délais en fonction du maximum théorique de l'amende. Cette seconde possibilité doit sans doute être rejetée. La différence de gravité du comportement qu'exprime le montant des sanctions applicables en matière d'amende civile est moins nette que celle existant au sein du triptyque contravention-délit-crime²⁹²³. Dans le cas où serait consacrée une fixation légale du délai de droit commun pour agir afin de voir prononcer une amende civile, il serait préférable de déterminer un délai unique, quitte à ce que celui-ci reçoive un aménagement pour certaines dispositions spécifiques.

B – Les causes de perturbation du cours de la prescription.

745. Bien que les sanctions pécuniaires civiles soient, par principe, soumises aux règles civiles de prescription, la logique répressive qui les anime est de nature à rendre pertinente l'application de certaines règles pénales. Au-delà des règles régissant le délai de la prescription, les règles semblent susceptibles d'influer sur les perturbations du cours de prescription. Il convient dès lors de s'intéresser aux deux modalités possibles de perturbation du cours de la prescription : la suspension (1) et l'interruption (2) de la prescription lorsqu'elles s'appliquent aux sanctions pécuniaires civiles.

²⁹²² Cf *infra*, n° 747.

²⁹²³ Ne serait-ce que parce qu'en dehors de la distinction entre contravention et délit en fonction du montant de l'amende, la distinction entre ces trois catégories d'infraction se fait en fonction de peines privatives de liberté qui ne se voient pas affectées par le caractère lucratif ou non du comportement réprimé.

1 – La suspension de la prescription en matière de sanction pécuniaire civile.

746. Éléments généraux. La suspension de la prescription arrête, pour un temps, le cours de la prescription, si bien que lorsque celle-ci recommencera à courir, le temps déjà écoulé sera pris en compte²⁹²⁴. Les causes de suspension de la prescription en matière civile sont prévues aux articles 2233 à 2239 du Code civil. Consacrant l'adage *contra non valentem agere non currit prescriptio*, les articles 2234 du Code civil et 9-3 du Code de procédure pénale prévoient, par principe, la suspension de la prescription en matière civile et pénale en cas d'impossibilité de droit²⁹²⁵ ou de fait assimilable à la force majeure²⁹²⁶. Sans revenir sur les différentes causes de suspension consacrées en droits civil²⁹²⁷ et pénal²⁹²⁸, un cas au moins mérite d'être envisagé de façon approfondie²⁹²⁹ : les développements relatifs au point de départ de la prescription des sanctions pécuniaires civiles ont fait apparaître, spécialement concernant les amendes civiles, qu'il serait préférable de fixer celui-ci au jour de la commission des faits²⁹³⁰. À la différence du point de départ prévu à l'article 2224 du Code civil, une telle solution conduit à s'interroger sur le report du point de départ de la prescription pour les cas dans lesquels les poursuites ne peuvent être exercées en raison du caractère occulte ou dissimulé du comportement réprimé.

747. Les comportements occultes ou dissimulés. Sur le fondement du principe selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui se trouve dans l'impossibilité d'agir, la jurisprudence pénale admettait que la prescription ne courrait que du jour de la révélation lorsque l'infraction supposait une dissimulation²⁹³¹. La

²⁹²⁴ C. civ., art. 2330. F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1787.

²⁹²⁵ Les articles 9-3 du Code de procédure pénale et 2234 du Code civil visent l'impossibilité résultant de la loi. L'article 2234 mentionne par ailleurs l'impossibilité résultant de la convention, ce qui pourrait particulièrement trouver à s'appliquer concernant les clauses pénales.

²⁹²⁶ La consécration textuelle en matière pénale date de la loi du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale. Sur la consécration jurisprudentielle de ce principe antérieurement : Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », art. préc., n° 138.

²⁹²⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1786 et s..

²⁹²⁸ Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », art. préc., n° 132 et s.. Voir également sur les points spécifiques de départ de la prescription : E. Raschel, « Fasc. 20 : Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », *J.-Cl. Procédure pénale*, LexisNexis, 2018 (mise à jour nov. 2019), n° 104 et s..

²⁹²⁹ Voir également, sur la comparaison des solutions retenues en matière de responsabilités civile et pénale sur le report du point de départ de la prescription en cas d'infraction continue ou de fait générateur de responsabilité qui se prolonge dans le temps : J. Klein, *Le point de départ de la prescription, op. cit.*, n° 71 et 72.

²⁹³⁰ Cf *supra*, n° 743.

²⁹³¹ Sur les incertitudes soulevées par la distinction des infractions clandestines par nature ou par réalisation : E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 118 et s. ; A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal* 2016.306.

justification historique de cette prise en compte reposait sur le fait que la dissimulation constituait alors un des éléments matériels de l'infraction, le régime de celle-ci suivant alors celui des infractions continues, si bien que le point de départ de la prescription était repoussé à la cessation de l'infraction, en l'occurrence à sa révélation²⁹³². Par la suite, la jurisprudence avait admis que, lorsque l'infraction avait été commise dans des circonstances en rendant impossible la découverte, la prescription était suspendue²⁹³³. Dans l'un et l'autre cas, la prescription ne commence à courir que « du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique »²⁹³⁴, rapprochant ainsi la prescription pénale du point de départ de droit commun applicable en matière civile. En l'absence originelle de texte sur cette question²⁹³⁵, et outre les critiques qu'elle pouvait encourir²⁹³⁶, les justifications de cette solution sont triples. D'un point de vue juridique, elle constituait une application de l'adage *contra non valentem*²⁹³⁷. Plus profondément, elle répond aux causes qui justifient l'existence de cet adage : d'un point de vue pratique, cette solution répond à une recherche d'effectivité de la sanction afin d'empêcher que l'action ne soit prescrite avant d'avoir pu être exercée²⁹³⁸. D'un point de vue plus théorique, elle fait écho à la fonction sanctionnatrice de la prescription, destinée à punir l'inaction des personnes en charge d'exercer l'action²⁹³⁹.

²⁹³² J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 694. Sur l'abandon de cette justification par la jurisprudence : Y. Mayaud, « Affaire Lempereur : enfin la bonne solution ! », *RSC* 2014.777. Voir également : N. Cayrol, « Action en justice », art. préc., n° 357 ; B. Bouloc, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 242 ; S. Guinchard, J. Buisson, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 1407 et s..

²⁹³³ Voir spécialement : Ass. plén., 7 nov. 2014, n° 14-83.739. Cet arrêt consacre non un report du point de départ en cas de dissimulation mais une suspension de la prescription : L. Saenko, « La prescription de l'action publique est-elle morte ? », *D.* 2014.2469 ; R. Parizot, « La prescription de l'action publique en éclats », *D.* 2014.2498 ; Y. Mayaud, « Affaire Lempereur : enfin la bonne solution ! », art. préc.. Voir cependant, évoquant un report du point de départ de la prescription : J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ pénal* 2014.30. On peut de façon générale s'interroger sur la possibilité de suspendre un délai qui n'a pas commencé à courir. Voir déjà antérieurement : Crim., 7 juill. 2005, n° 05-81.119, A. Donnier, « Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation », *D.* 2005.2998 ; Crim., 17 déc. 2008, n° 08-82.319, C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.) : un président pénalement sanctionné », *RSC* 2010.141 ; B. Bouloc, « Délit de favoritisme. Dépassement du seuil imposant une mise en concurrence », *RTD com.* 2009.471. Voir plus généralement : E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 124.

²⁹³⁴ CPP, art. 9-1, al. 3. Voir antérieurement : Crim., 3 janv. 1985, n° 83-94.530. E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 115.

²⁹³⁵ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 19 et 114.

²⁹³⁶ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 19 ; C. Mascala, « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.) : un président pénalement sanctionné », art. préc.. Deux critiques particulièrement fortes concernaient le respect du principe de légalité ainsi que le respect de l'exigence de sécurité juridique.

²⁹³⁷ J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », art. préc..

²⁹³⁸ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 114 ; Crim., 4 mars 1997, n° 96-84.773, B. Boccara, « De la généralisation de la prescription différée des délits clandestins », *LPA* 1997/41, p. 17.

²⁹³⁹ J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », art. préc. ; E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 13. Pour un rappel

748. La consécration des solutions jurisprudentielles. Procédant à une mise en ordre des solutions retenues antérieurement, l'article 9-1, alinéa 3 du Code de procédure pénale prévoit en matière de crime et de délit, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale, que « le délai de prescription de l'action publique de l'infraction occulte ou dissimulée court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ». Consacrant ainsi un report du point de départ de la prescription²⁹⁴⁰, le Code de procédure pénale précise désormais, aux alinéa 4 et 5 du même article, la définition des infractions occultes ou dissimulées. Bien que certaines incertitudes subsistent sur la distinction de ces notions, les conséquences de ces incertitudes semblent insignifiantes dès lors qu'infractions occultes ou dissimulées sont expressément soumises aux mêmes règles de prescription²⁹⁴¹.

749. Les solutions envisageables relativement à la suspension de la prescription de l'action tendant au prononcé d'une amende civile. Dès lors que les amendes civiles sont, par principe, soumises aux règles civiles de prescription, quelles solutions sont envisageables pour faire face à ces difficultés²⁹⁴² ? À supposer que le point de départ de la prescription des actions tendant au prononcé des amendes civiles soit fixé au jour de la commission des faits²⁹⁴³, les raisons justifiant le report du point de départ de la prescription en matière pénale, ainsi que les critiques s'y opposant, semblent tout aussi bien s'appliquer au cas de l'amende civile²⁹⁴⁴. Spécialement, les impératifs d'effectivité de la sanction, particulièrement évidents lorsque le recours à

des différentes justifications classique de la prescription en droit pénal, voir par exemple : D. Boccon-Gibod, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique », *AJ pénal* 2016.297. Limitant la justification du caractère sanctionnateur de la prescription au cas dans lequel la victime avait le monopole de l'exercice de l'action : J. Danet, « La prescription de l'action publique : quels fondements et quelle réforme ? », *AJ pénal* 2006.285.

²⁹⁴⁰ Il enserme cependant l'action dans un délai fixe courant à partir de la commission des faits.

²⁹⁴¹ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 119.

²⁹⁴² Voir de façon plus générale, sur la prise en compte de l'ignorance en matière de prescription en droit civil : J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, *op. cit.*, n° 693 et s.. L'auteur propose de distinguer selon que l'ignorance est consubstantielle au type d'action, par exemple pour le dol, auquel cas celle-ci sera présumée être légitime, et les cas dans lesquels l'ignorance est accidentelle, auquel cas sa légitimité devra être démontrée.

²⁹⁴³ *Cf supra*, n° 743.

²⁹⁴⁴ *Cf supra*, n° 747.

des amendes civiles vise à lutter contre des fautes lucratives²⁹⁴⁵, semblent justifier un aménagement du point de départ de la prescription précédemment proposé.

En admettant la nécessité d'un tel aménagement, quelles voies permettraient d'y procéder ? Une première solution peut être dégagée à droit constant : en application de l'article 2234 du Code civil, il semble possible de considérer que, lorsque la dissimulation ou le caractère occulte du comportement pouvant donner lieu aux poursuites était tel qu'il rendait impossible l'action en justice, la prescription serait suspendue. Reste cependant qu'une telle suspension ne pourrait jouer que dans des cas exceptionnels²⁹⁴⁶ présentant, selon la lettre de l'article, les caractères de la force majeure.

Une seconde solution consisterait à procéder, à l'instar de ce que connaît désormais la procédure pénale, à un aménagement textuel du point de départ de la prescription en cas de comportement occulte ou dissimulé. Les avantages de cette seconde voie paraissent doubles. D'une part, elle permettrait de prévoir un aménagement plus souple des conditions dans lesquelles le point de départ, tout en en aménageant le régime, par exemple par la prévision d'un délai butoir spécifique²⁹⁴⁷. D'autre part, elle permettrait aussi, dans une certaine mesure, d'éviter que la prescription des comportements occultes ou dissimulés sanctionnables d'une amende civile connaisse les mêmes incertitudes que celles ayant par le passé affecté la prescription de l'action pénale²⁹⁴⁸.

Enfin, il a pu sembler que la réforme de la prescription pénale avait laissé certaines questions non traitées, spécifiquement dans l'hypothèses d'infractions continues non occultes ou dissimulées²⁹⁴⁹. Afin d'éviter de semblables lacunes en matière de sanctions pécuniaires privées, cette question mériterait d'être expressément envisagée.

²⁹⁴⁵ Cf *supra*, n° 513.

²⁹⁴⁶ Voir par exemple : J. Pradel, « Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », art. préc..

²⁹⁴⁷ Sur la justification d'un tel délai en matière répressive : E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 134.

²⁹⁴⁸ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 119. Il serait notamment possible de prévoir un « faux délai butoir », limitant seulement le report du point de départ. Sur une telle analyse des délais prévus à l'articles 9-1 alinéa 3 du Code de procédure pénale : E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 136. Un tel délai pourrait alors se combiner avec le véritable délai butoir qu'instaure l'article 2232 du Code civil.

²⁹⁴⁹ Voir ainsi : A. Dejean de la Bâtie, « Abus de faiblesse et prescription : l'infraction continuée tient bon », *D.* 2019.2335. Sur la notion d'infraction continue, voir plus spécifiquement : *infra*, n° 772.

2 – *L'interruption de la prescription en matière de sanction pécuniaire civile.*

750. Les effets de l'interruption de la prescription. En matière civile comme en matière pénale, l'interruption de la prescription a pour effet de faire courir un nouveau délai de prescription, anéantissant, sous réserve de l'existence d'un délai butoir, les effets du temps déjà écoulé²⁹⁵⁰. Le nouveau délai recommençant à courir est, aux termes de l'article 2231 du Code civil, le même que l'ancien délai, abandonnant ainsi les hypothèses d'interversion de prescription, c'est-à-dire les cas dans lesquels en présence d'un court délai de prescription, l'interruption de la prescription donnait lieu à la substitution de ce délai par celui de droit commun²⁹⁵¹. La même évolution se retrouve en procédure pénale²⁹⁵². Enfin, en certains cas, l'interruption affecte également les délais de forclusion, notamment les demandes en justice et les actes d'exécution forcée²⁹⁵³.

751. Les causes civiles d'interruption de la prescription. Alors que les causes d'interruption de la prescription pénale sont prévues, depuis la loi du 27 février 2017²⁹⁵⁴, à l'article 9-2 du Code de procédure pénale, elles sont prévues en matière civile aux articles 2240 à 2246 du Code civil. Trois hypothèses de cause d'interruption sont spécialement visées par ces articles : la reconnaissance par le débiteur de sa dette, la demande en justice et les actes d'exécution forcée. Ces deux dernières hypothèses, sous réserve des observations faites précédemment concernant l'exercice de l'action, ne paraissent pas appeler de remarques spécifiques. La reconnaissance par le débiteur de sa dette peut en revanche prêter à interrogation dans l'hypothèse où des dommages et intérêts punitifs viendraient à être consacrés. Plus précisément, dans le cas où les faits susceptibles d'entraîner la condamnation à des dommages et intérêts auraient causé un préjudice indemnisable, la reconnaissance, par l'auteur du comportement, de son obligation de réparer emporte-t-elle également interruption de la prescription de

²⁹⁵⁰ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1787.

²⁹⁵¹ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1790 ; A. Moreau, M. Brotons, « Les principales modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *LPA* 2008/153, p. 17. Sur le fonctionnement antérieur de l'interversion de prescription : R. Libchaber, « Le point sur l'interversion des prescriptions en cas de condamnation en justice », *D.* 2006.254 ; A. Viandier, « Les modes d'interversion des prescriptions libératoires », *JCP G* 1978, I 2885.

²⁹⁵² Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », art. préc., n° 126 à 130.

²⁹⁵³ C. civ., art. 2241.

²⁹⁵⁴ Loi n° 2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

l'action visant au prononcé de dommages et intérêts punitifs ? La réponse dépend largement du caractère de cette action²⁹⁵⁵ : si celle-ci devait présenter un caractère accessoire au regard de l'action en réparation, une réponse positive s'imposerait. Il conviendrait autrement de limiter les effets de la reconnaissance à l'action qui en est l'objet.

752. L'absence de reprise des causes d'interruption spécifiques au droit pénal. Au-delà des causes d'interruption visées aux articles 2240 et suivant du Code civil, il apparaît que plusieurs causes d'interruption de la prescription prévues en droit pénal ne connaissent pas d'équivalent en droit civil. Confirmant la dimension sanctionnatrice de la prescription en droit pénal, il était classiquement admis que les différents actes tendant à l'établissement ou à la répression de l'infraction interrompaient la prescription, la jurisprudence s'étant par ailleurs montrée particulièrement libérale avec ces notions²⁹⁵⁶. Dans ce contexte, le nouvel article 9-2 du Code de procédure pénale vient énoncer de façon plus restrictive les causes d'interruption de la prescription pénale²⁹⁵⁷, complété ponctuellement par certains textes spéciaux²⁹⁵⁸. À s'en tenir aux causes d'interruption visées à l'article 9-2 du Code de procédure pénale, les actes de poursuites visés au 1° de l'article peuvent se rapprocher dans une certaine mesure de l'interruption en cas de demande en justice prévue à l'article 2241 du Code civil, bien que la portée extrêmement large qu'avait donnée à cette notion la jurisprudence pénale antérieurement à la loi du 27 février 2017 ne permette pas de conclure sur ce point à une véritable équivalence²⁹⁵⁹. En revanche,

²⁹⁵⁵ Cf *supra*, n° 714.

²⁹⁵⁶ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 138 et s. ; Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », art. préc., n° 88 à 112 ; A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », art. préc..

²⁹⁵⁷ Pour une lecture critique de cette limitation : E. Dreyer, « Réforme de la prescription : le baiser empoisonné », *GP* 2017/4, p. 40.

²⁹⁵⁸ Voir par exemple : CPP, art. 41-1-1 III, al. 1^{er} ; art. 41-2, al. 25 ; art. 44-1, al. 3. Voir plus généralement : E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 144.

²⁹⁵⁹ La chambre criminelle avait, par exemple, été jusqu'à considérer qu'un soit-transmis du procureur ou du juge d'instruction, qui peut ne consister qu'en une simple demande de renseignement de la part de ceux-ci, constituait « un acte de poursuite interruptif de prescription » : Crim., 20 févr. 2002, n° 01-85.042, A. Giudicelli, « Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription », *RSC* 2003.585 ; P. Maistre du Chambon, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *JCP G* 2002, II 10075 ; Crim., 13 janv. 2009, n° 08-84.459, M.-E. C., « Le soit-transmis du procureur de la République interrompt la prescription », *AJ pénal* 2009.129 ; G. Roujou de Boubée, « Le soit-transmis du procureur de la République interrompt la prescription », *RDI* 2009.298 ; Crim., 19 déc. 2014, n° 13-87.375, S. Fucini, « Effet interruptif de prescription du soit-transmis du juge d'instruction », *Dalloz actu* 19 déc. 2014. Voir récemment, rendu en application des textes anciens : Crim., 9 janv. 2018, n° 16-86.735, P.-J. Delage, « Computation du délai de prescription de l'action publique : la pédagogie de la chambre criminelle », *RSC* 2018.131. En revanche, en l'absence de possibilité pour la victime de se constituer « partie civile » pour demander le prononcé d'une amende civile, celle-ci ne sera *a priori* pas en mesure d'interrompre la prescription comme elle peut le faire au pénal : E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 151.

l'interruption de la prescription en raison d'actes d'enquête et d'instruction, envisagée par les 2° et 3° de l'article 9-2²⁹⁶⁰, ne trouve pas d'équivalent général en droit civil, aboutissant à un risque accru d'ineffectivité de la sanction. La solution paraît difficilement contestable concernant les peines pécuniaires privées, l'exercice de principe de l'action par la victime²⁹⁶¹ laissant pleinement place au caractère accusatoire de la procédure. Elle pourrait sembler plus discutable concernant les amendes civiles, le caractère public de l'action exercée rapprochant considérablement les deux procédures. Ce serait peut-être, toutefois, rapprocher excessivement le régime de l'amende civile de celui d'une véritable sanction pénale, si bien qu'on peut penser qu'il ne convient pas d'apporter de modifications sur ce point. Les causes d'interruption de la prescription de l'ensemble des sanctions pécuniaires civiles seraient dès lors limitées aux causes civiles d'interruption de la prescription.

§II – Les effets de la prescription de la sanction pécuniaire civile.

753. Les difficultés liées aux effets de la prescription paraissent plus modestes²⁹⁶². Une seule véritable difficulté semble apparaître. Alors qu'en droit civil, celui au profit duquel la prescription joue peut y renoncer une fois celle-ci acquise²⁹⁶³ et que la prescription ne peut être relevée d'office par le juge²⁹⁶⁴, la prescription pénale constitue un moyen d'ordre public auquel le délinquant ne peut renoncer et qui doit être relevé d'office par le juge²⁹⁶⁵. En application des règles de prescription civile, la prescription des sanctions pécuniaires civiles ne semble pas constituer un moyen d'ordre public et doit être invoquée par celui qui compte en bénéficier. On peut toutefois se demander si une telle solution est justifiée concernant les amendes civiles : la proximité de ce mécanisme avec les sanctions pénales et l'exercice public de l'action

²⁹⁶⁰ E. Raschel, « Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », art. préc., n° 154 à 160 ; Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », art. préc..

²⁹⁶¹ Cf *supra*, n° 712 et s..

²⁹⁶² Il ne sera notamment pas fait état de la controverse visant à déterminer si la prescription atteint le droit ou l'action (voir par exemple : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1796 ; J. Huet, Th. Lamarche, « Extinction du droit de créance ou prescription de l'action : what a question ! », *JCP E* 2012, 1529 ; C. Brenner, « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008.1422). La dimension répressive des sanctions pécuniaires civiles ne permet pas d'éviter le débat, celui-ci présentant simplement un aspect quelque peu différent : la prescription produit-elle un effet procédural ou correspond-elle à une disparition du caractère « délictueux » des faits ayant été commis ?

²⁹⁶³ Voir par exemple : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1792.

²⁹⁶⁴ C. civ., art. 2247 : « Les juges ne peuvent pas suppléer d'office le moyen résultant de la prescription ».

²⁹⁶⁵ Voir par exemple : Ch. Courtin, « Prescription de l'action publique », art. préc., n° 151 et s..

aboutissant au prononcé de l'amende rendent peu lisibles les raisons justifiant de soumettre les amendes civiles à un régime différent des sanctions pénales²⁹⁶⁶. Un aménagement textuel exprès serait toutefois nécessaire afin de faire échapper sur ce point les amendes civiles aux règles générales de la prescription civile.

*

* *

754. Conclusion de section. Sans doute en raison de certaines contrariétés entre leurs fonctions et leur inclusion au sein du droit civil, le régime des différentes sanctions pécuniaires civiles en termes de prescription soulève plusieurs difficultés, que ce soit pour déterminer le point de départ, la durée ou les effets de la prescription. Les différences entre amendes civiles et peines pécuniaires privées, à la fois en matière d'attributaire du produit de la sanction²⁹⁶⁷ ou de compétence pour introduire l'action²⁹⁶⁸ commandent vraisemblablement de retenir des solutions distinctes. Alors que les peines pécuniaires privées paraissent relativement compatibles avec les règles civiles de prescription, les amendes civiles semblent nécessiter une adaptation, notamment afin de fixer le point de départ de la prescription au jour de la commission des faits. Un tel aménagement rendrait alors nécessaire une adaptation consécutive des règles entourant le point de départ de la prescription afin d'éviter, en présence de comportements occultes ou dissimulés, que cette solution ne conduise à une inefficience des sanctions.

755. Conclusion de chapitre. De l'étude des acteurs à l'instance et des règles de prescription pourrait résulter le sentiment d'une certaine supériorité des peines pécuniaires privées par rapport aux amendes civiles, dès lors que les premières s'adaptent avec moins de difficultés aux règles habituelles du droit civil. Une telle conclusion serait toutefois hâtive. Même incluse au sein du droit civil, la dimension répressive des mécanismes étudiés pourrait rendre nécessaire, dans une perspective tant d'efficacité que de cohérence, certaines adaptations en conformité avec les solutions retenues en droit pénal. De ce point de vue, les amendes civiles sont indiscutablement

²⁹⁶⁶ Certes, les incertitudes pouvant entourer les fondements de la prescription pénale (*Cf supra*, n° 730 et note n° 2939), qui affectent conséquemment les justifications de son caractère d'ordre public, rendent la question complexe à analyser.

²⁹⁶⁷ *Cf supra*, n° 84.

²⁹⁶⁸ *Cf supra*, n° 707 et s..

plus à même d'être soumises à un régime les rapprochant sur certains points de leur équivalent pénal.

Chapitre II – L'application des sanctions pécuniaires civiles.

756. L'étude de l'introduction de l'action tendant au prononcé d'une sanction pécuniaire civile n'épuise évidemment pas toutes les questions soulevées par la mise en œuvre de telles sanctions. Une fois le juge valablement saisi, il convient de déterminer la mission qui lui est dévolue ainsi que les conditions dans lesquelles il doit l'exercer, questions qui semblent pouvoir être abordées tant au stade de la déclaration de culpabilité (Section I) qu'en ce qui concerne les conséquences de cette déclaration (Section II).

Section I – La déclaration de culpabilité.

757. Après que l'action a été introduite, différentes étapes doivent encore être suivies jusqu'à l'exécution d'une éventuelle condamnation à une sanction pécuniaire civile. Dans une telle perspective, la première mission du juge appelé à se prononcer au sujet d'une sanction pécuniaire civile consiste à déterminer dans quelle mesure les conditions de l'application de la sanction (§I) sont réunies. Dans l'exercice d'une telle mission, le juge ne saurait toutefois s'affranchir de toutes garanties assurant la protection des droits et libertés de la personne visée par l'accusation, si bien qu'il faut rechercher quelles règles entourent le constat des éléments entraînant le prononcé de sanctions pécuniaires civiles (§II).

§I – Les conditions de l'application des sanctions pécuniaires civiles.

758. Le fait que la majorité des comportements réprimés à l'initiative du législateur au moyen de sanctions pécuniaires civiles, spécialement au moyen

d'amendes civiles, se réalise à l'occasion d'actes juridiques²⁹⁶⁹ colore nécessairement l'étude du droit positif, rendant parfois, en apparence, l'analyse des différentes composantes de la répression quelque peu approximative. En effet, l'analogie avec les solutions du droit pénal, qui pourrait être d'une certaine utilité, se trouve compromise dans la mesure où les sanctions pénales interviennent, dans leur grande majorité, à l'occasion de faits juridiques. Il convient toutefois de se détacher en partie de ce constat, qui limite les sanctions pécuniaires civiles au cadre des actes juridiques, ne serait-ce que dans la mesure où il n'est pas exclu que de telles sanctions se multiplient à l'avenir, y compris afin de sanctionner de purs faits juridiques.

Afin de prononcer une sanction pécuniaire à l'encontre d'un justiciable, il apparaît que le juge doit à la fois constater la réunion des éléments constitutifs du comportement réprimé (A) et aussi la réunion de certains éléments extérieurs à ce comportement et nécessaires au prononcé de la sanction (B).

A – Les éléments constitutifs du comportement réprimé.

759. L'identification des éléments constitutifs. Selon une analyse classique, l'infraction pénale serait constituée de trois éléments : l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral. Au sein de cette trilogie, l'élément légal, qui correspond au texte d'incrimination, présente une spécificité indéniable : émanant du législateur, il correspond à une description du comportement réprimé plus qu'il n'en fait partie²⁹⁷⁰. Restent alors l'élément matériel et l'élément moral. Le premier correspond aux faits matériels réalisés par un individu, le second à l'état d'esprit dans lequel les faits ont été réalisés. En dépit de la clarté apparente de cette opposition, une distinction trop rigide de ces deux éléments serait erronée. Le juge ne pouvant sonder les reins et les cœurs, c'est à travers l'analyse des faits que doit se révéler l'état d'esprit dans lequel ceux-ci ont été commis²⁹⁷¹. Cette distinction demeure toutefois utile pour structurer l'analyse des comportements réprimés. De ce point de vue, un premier regard sur la situation des sanctions pécuniaires civiles suffit à convaincre de l'intérêt d'y appliquer cette distinction. Alors qu'il est souvent fait état de l'absence de nécessité d'un élément

²⁹⁶⁹ Cf *supra*, n° 64.

²⁹⁷⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 220.

²⁹⁷¹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 221.

moral dans la répression des amendes civiles²⁹⁷², les études sur l'utilisation des mécanismes de responsabilité civile dans leur « fonction de peine privée » semblent s'accorder sur la nécessité de fautes qualifiées, laissant ainsi apparaître une prise en compte de l'état d'esprit de l'auteur du comportement²⁹⁷³. De même, certains projets de réforme du droit de la responsabilité civile, qu'ils prévoient l'introduction de dommages et intérêts punitifs ou le recours à des amendes civiles, semblent centrer la répression sur l'état d'esprit de l'agent au détriment d'une définition matérielle du comportement réprimé²⁹⁷⁴. L'un et l'autre des éléments classiquement constitutifs des comportements punissables sont ainsi mis à l'épreuve par les sanctions pécuniaires civiles, invitant à étudier tant le comportement réprimé (1) que l'état d'esprit nécessaire à la condamnation à une sanction pécuniaire civile (2).

1 – Le comportement réprimé.

760. S'il ne fait pas de doute que le prononcé de sanctions pécuniaires civiles suppose un comportement, ou une abstention, proprement dit (a), il ne semble pas, dans l'ensemble, nécessaire de caractériser que ce comportement soit parvenu à un résultat (b) même dans les hypothèses où le résultat redouté est précisé.

a – La nécessité d'un comportement donnant lieu au prononcé d'une sanction pécuniaire civile.

761. Le principe de légalité des délits impliquant que le comportement réprimé réponde à une définition textuelle (i), il pourrait sembler tentant de se limiter à ce constat. L'intérêt que présente une classification des comportements réprimés (ii) interdit cependant de se contenter d'une telle solution.

²⁹⁷² J. Prorok, « La répression civile », art. préc., n° 31.

²⁹⁷³ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, op. cit., n° 289 et s. ; L. Sichel, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, op. cit., n° 520. Voir toutefois : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, op. cit., n° 463 et s., spéc. n° 470.

²⁹⁷⁴ Cf. *supra*, n° 279, 284 et 617. Ainsi la « faute manifestement délibérée » envisagée à l'article 1371 de l'avant-projet sous la direction de Pierre CATALA laisse une place évidente à la volonté, ou au moins à la conscience, de l'auteur du comportement. De même, l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile fait référence au cas dans lequel un individu « a délibérément commis une faute en vue d'obtenir un gain ou une économie ». Ce faisant, l'article se réfère non seulement à une conscience de l'agent mais implique également une prise en compte des motifs.

i – La nécessité d'un comportement correspondant à une définition textuelle.

762. La nécessité même d'un comportement dans la perspective du prononcé de sanctions pécuniaires civiles ne semble pas contestable : même hors du droit pénal entendu strictement, la seule intention dépourvue de toute manifestation matérielle ne saurait entraîner une répression. En revanche, la nécessité d'un comportement correspondant à une définition textuelle matérielle, autrement dit à un comportement factuellement et abstraitement identifié par un texte « d'incrimination », ne semble pas unanimement admise²⁹⁷⁵. Exception faite des utilisations officieuses de la responsabilité civile à des fins principalement répressives, les différentes manifestations existantes des sanctions pécuniaires civiles supposent toutes le constat d'un comportement correspondant à une définition matérielle, plus ou moins précise, donnée par le législateur. La nécessité de caractériser un élément matériel correspondant à une définition légale abstraite est cependant mise à mal par les différents projets de réforme de la responsabilité civile envisageant la consécration de mécanismes civils ouvertement punitifs : à l'exception du rapport d'information du Sénat relatif à la responsabilité civile, ceux-ci se désintéressent en effet de la définition matérielle des comportements réprimés²⁹⁷⁶. De même, bien que l'ensemble des auteurs ayant consacré des développements à la dimension répressive de la responsabilité civile semblent s'accorder sur la nécessité d'une faute pour justifier l'infliction d'une mesure répressive, celle-ci est fréquemment envisagée avec la généralité qu'elle connaît en responsabilité civile²⁹⁷⁷. Une telle solution ne semble toutefois pas satisfaisante au regard des principes pénaux applicables à ces sanctions²⁹⁷⁸, rendant ainsi nécessaire, dans la perspective de l'infliction de dommages et intérêts punitifs ou d'une amende civile, la caractérisation d'un comportement correspondant à une définition textuelle matérielle.

ii – La classification des comportements.

²⁹⁷⁵ Sauf bien sûr à considérer comme élément légal les formules des articles 1240 et 1241 du Code civil : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 946.

²⁹⁷⁶ Voir notamment, sur le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité : *supra*, n° 617 et s..

²⁹⁷⁷ *Cf supra*, n° 279 et s. et n° 617.

²⁹⁷⁸ *Cf supra*, n° 617 et s..

763. Une fois la nécessité d'un tel comportement admise, il peut sembler opportun de se livrer à une classification de ces comportements en fonction de leurs éléments caractéristiques. Toutefois, une telle classification n'étant généralement pas opérée, il convient de revenir sur son intérêt avant de procéder à sa mise en œuvre.

764. L'intérêt pédagogique d'une classification des comportements. L'intérêt de procéder à une telle classification semble double. Elle permet de rationaliser, à des fins pédagogiques, la présentation des différents comportements susceptibles d'entraîner le prononcé de sanctions pécuniaires civiles. Il est vrai que le caractère relativement restreint des comportements pouvant justifier, en droit positif, le prononcé d'une amende civile ou d'une peine pécuniaire privée pour violation d'une norme sociale abstraite²⁹⁷⁹ en rend actuellement possible une présentation relativement simple²⁹⁸⁰. Toutefois, l'augmentation récente du recours à ce type de sanctions, spécialement à des amendes civiles, complexifie peu à peu le paysage juridique, rendant opportun une présentation plus systématique de ces mécanismes.

765. L'intérêt pratique d'une classification des comportements. De plus, une classification des comportements pouvant donner lieu au prononcé de sanctions pécuniaires civiles permet de révéler des différences de régime. De ce point de vue, la transposition de l'analyse pénale relative aux différentes formes que peuvent prendre les comportements réprimés, dès lors au moins qu'elles entraînent des conséquences de régime, semble opportune. Outre la prise en compte du caractère clandestin de l'infraction²⁹⁸¹, on peut ainsi analyser les différents comportements réprimés à travers le prisme de la distinction des « infractions » de commission ou d'omission²⁹⁸², celle des « infractions » d'origine ou de conséquence²⁹⁸³, des « infractions » instantanées ou continues²⁹⁸⁴ ou encore des « infractions » simples, complexes ou d'habitude²⁹⁸⁵.

²⁹⁷⁹ Cf *supra*, n° 287.

²⁹⁸⁰ Voir par exemple, pour une catégorisation des amendes civiles existantes : *supra*, n° 64 et s.. Voir également : J. Prorok, « La répression civile », art. préc., n° 10.

²⁹⁸¹ Cf *supra*, n° 749.

²⁹⁸² E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 668 et s..

²⁹⁸³ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 683 et s.. La question des infractions successives, qui participe de la distinction des infractions uniques ou plures retenue par l'auteur (E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 681) sera envisagée par opposition aux infractions complexes.

²⁹⁸⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 687 et s..

²⁹⁸⁵ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 673 et s..

766. Les comportements de commission ou d'omission. C'est principalement la distinction des comportements de commission ou d'omission qui paraît nécessiter une mise en œuvre approfondie concernant les sanctions pécuniaires civiles existantes. Cette distinction est *a priori* simple : la commission suppose une attitude active, un fait positif, alors que l'omission suppose une attitude passive, une abstention²⁹⁸⁶. Cette distinction n'est pas inconnue du droit de la responsabilité civile. Toutefois, dans la mesure où la faute civile d'omission ne semble pas limitée à des cas légaux dans lesquels l'individu aurait une obligation d'agir²⁹⁸⁷, la portée de cette distinction semble réduite. Elle paraît, en revanche, pleinement opérante en droit pénal : le respect du principe de légalité suppose en effet qu'une infraction prévoyant un comportement actif ne puisse être caractérisée en présence d'une simple abstention²⁹⁸⁸, sous réserve que le comportement ne soit pas défini en des termes admettant aussi bien une action qu'une abstention²⁹⁸⁹.

767. Précisions de la distinction. À s'en tenir à une analyse des comportements réprimés au moyen d'une sanction pécuniaire civile, certains éléments de complexité apparaissent. Alors que certains comportements réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles impliquent une action²⁹⁹⁰, il semble peu contestable que certaines abstentions pures et simples peuvent être sanctionnées au moyen de telles mesures. Tel est notamment le cas des personnes chargées de la protection de mineurs ou de majeurs qui ne défèreraient pas aux injonctions du juge des tutelles²⁹⁹¹, de

²⁹⁸⁶ Sur le cas particulier de l'abstention dans l'action, voir par exemple : F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 948.

²⁹⁸⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 949.

²⁹⁸⁸ Sur les écarts de la jurisprudence pénale en ce domaine, voir par exemple : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 672.

²⁹⁸⁹ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 670.

²⁹⁹⁰ Concernant les peines pécuniaires privées, la sanction spécifique des contrefaçons (*cf supra* n° 287) ne semble susceptible de s'appliquer qu'en présence d'un comportement actif. En matière d'amende civile, il en est ainsi de l'expédition d'un acte d'état civil dépourvu des rectifications ordonnées (C. civ., art. 101), de la violation de l'affectation d'un local à usage d'habitation (CCH, art. L. 631-7 et L. 651-2), de l'inscription en faux (CPC, art. 348, 1029 ; CPP, art. D. 47-1) ou de la dénégation fautive d'un acte (CPC, art. 295). De façon plus générale, certaines amendes civiles procédurales paraissent supposer une attitude active (CPC, art. 559, 628 ; CPP, art. 177-2, 212-2, 392-1, 673 CPCE, art. R. 121-22 ; R. 213-8 ; CPI, art. L. 613-25, L. 614-12 ; Code de justice militaire, art. L. 254-3 ; Décret n° 2016-651 du 20 mai 2016 relatif aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation, art. 12). On peut également remarquer que les articles L. 442-1, I et L. 442-7 du Code de commerce et L. 521-3-1, V du Code rural et de la pêche maritime qui, supposant un accord de volonté, paraissent impliquer une attitude active. De même, l'article L. 611-4-1 du Code rural, qui réprime le fait de ne pas respecter les accords de modération des marges de distribution des fruits et légumes frais. Dès lors que cette violation ne peut résulter que de la détermination d'un prix d'achat ou de revente, elle paraît impliquer une attitude active.

²⁹⁹¹ C. civ., art. 387-6, 411-1, 417. On peut, par exemple, mentionner le cas dans lequel un tuteur s'était abstenu de répondre à une injonction du juge des tutelles réclamant un rapport de situation et un inventaire des biens du majeur : Basse-Terre, 10 nov. 2016, n° 16/00484.

l'absence de certaines déclarations en matière de logement²⁹⁹², ou encore de la défaillance des témoins en procédure civile²⁹⁹³. La qualification d'autres comportements semble, en revanche, plus incertaine. On peut ainsi se demander si le fait de se maintenir dans un logement réquisitionné doit être qualifié d'attitude active ou si, consistant dans le fait de ne pas quitter les lieux, elle constitue une abstention²⁹⁹⁴.

Au-delà de ces hypothèses, la nature de certains comportements réprimés peut prêter à confusion. Ainsi l'officier d'état civil qui omettrait une mention obligatoire ou ne respecterait pas des conditions de publicité²⁹⁹⁵, la personne ne respectant pas les obligations d'information des salariés prévues par le Code de commerce en matière de cession de contrôle de certaines sociétés ou en cas de cession de certaines entreprises²⁹⁹⁶, ou la « personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » qui ne respecte pas les modalités d'organisation d'une enchère inversée à distance²⁹⁹⁷ semblent à première vue être réprimées en raison d'abstentions. Cependant, une analyse plus attentive révèle qu'ils ne sont pas sanctionnés en raison d'une abstention pure et simple mais plutôt d'une abstention dans l'action²⁹⁹⁸ : tout en choisissant d'agir, l'individu n'a pas respecté certaines obligations qui pesaient sur lui dans le cadre de l'action entreprise. Ces hypothèses se rapprochent alors singulièrement d'un comportement de commission.

768. Les comportements indifférents à la commission ou à l'omission.

Enfin, certains comportements visés par des sanctions pécuniaires civiles semblent susceptibles d'être commis aussi bien activement que passivement²⁹⁹⁹. Tel est, par exemple, le cas du comportement visé à l'article L. 651-7 du Code de la construction et de l'habitation qui réprime, par renvoi à l'article L. 651-4 du même Code, le fait de mettre volontairement obstacle à la mission des agents du service municipal du logement, obstacle qui peut aussi bien résulter d'une attitude active que de l'absence

²⁹⁹² CCH, art. L. 651-4. Du point de vue de la gradation de la répression, il est intéressant de remarquer que les manœuvres de dissimulation plus actives et relatives à certaines obligations de déclaration sont sanctionnées d'une peine privative de liberté et d'une amende pénale d'un montant significativement plus élevé en vertu de l'article L. 651-3 du même code.

²⁹⁹³ CPC, art. 207.

²⁹⁹⁴ Sur cette hypothèse voir : CCH, art. L. 641-9.

²⁹⁹⁵ C. civ., art. 34, 63, 76

²⁹⁹⁶ C. com., art. L. 141-23, L. 141-28, L. 23-10-1, L. 23-10-7.

²⁹⁹⁷ L'article L. 442-8 du Code de commerce prévoit notamment l'obligation de communiquer certains éléments aux candidats potentiels (I, 1°), de révéler l'identité du candidat retenu aux candidats qui en font la demande (I, 2°), ou de réaliser, de conserver pendant un an et au besoin de présenter un enregistrement de l'enchère (II).

²⁹⁹⁸ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 948.

²⁹⁹⁹ Sur la validité de cette hypothèse en droit pénal : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 670.

de communication de certaines informations. Une analyse semblable peut sans doute être livrée concernant les amendes civiles édictées par les articles L. 77-10-14 du Code de la justice administrative et 73 de la loi de modernisation de la justice au XXI^{ème} siècle. Ces textes édictent, en effet, une amende civile « contre le demandeur ou le défendeur à l'instance lorsque celui-ci a, de manière dilatoire ou abusive, fait obstacle à la conclusion d'un accord » dans le cadre d'une procédure collective. Là encore, l'expression « faire obstacle » semble suffisamment large pour admettre aussi bien une attitude active que passive. La même conclusion s'applique concernant l'amende civile prévue à l'article 373-2-6 du Code civil pour le parent qui « fait délibérément obstacle de façon grave ou renouvelée à l'exécution d'une décision, d'une convention de divorce par consentement mutuel prenant la forme d'un acte sous signature privée contresigné par avocats déposé au rang des minutes d'un notaire ou d'une convention homologuée fixant les modalités d'exercice de l'autorité parentale ».

On peut envisager, de façon exceptionnelle, que l'amende civile prévue par l'article 32-1 du Code de procédure civile soit infligée en raison d'une abstention. Cette amende, prononcée en raison de l'exercice abusif ou dilatoire d'une action en justice, paraît généralement devoir résulter d'un comportement actif. Toutefois, l'action ne se confondant pas avec la demande en justice, elle peut également être le fait du défendeur³⁰⁰⁰. On pourrait alors imaginer que, de façon marginale, l'attitude totalement passive d'un défendeur, son refus de répondre ou de se présenter aux audiences soit constitutif d'un comportement dilatoire et entraîne le prononcé d'une amende civile. Une telle condamnation pourrait paraître peu probable dès lors que le juge a la faculté de rendre un jugement par défaut ou réputé contradictoire³⁰⁰¹, si bien que la passivité totale du défendeur paraît difficilement pouvoir produire un effet dilatoire. La Cour de cassation a, à ce titre, affirmé que le caractère dilatoire ou abusif d'une défense « ne saurait résulter du seul défaut de comparution »³⁰⁰². Tel est le cas, en revanche, si la partie contre laquelle a été rendu un jugement réputé contradictoire interjetée par la suite appel : en ce cas, l'appel lui-même n'est pas abusif, au moins dans l'hypothèse

³⁰⁰⁰ J. Viatte, « L'amende civile pour abus du droit de plaider », art. préc.. Voir par exemple : Limoges, 6 mai 2014, n° 13/00760. Le simple fait de développer des moyens de défense contradictoires ou que la juridiction saisie n'est pas compétente pour apprécier ne justifie toutefois pas l'infliction d'une amende civile : Soc., 30 janv. 2013, n° 11-23.891. On peut certes envisager qu'un demandeur cesse d'agir dans le cadre d'une procédure (voir par exemple : Civ. 2^{ème}, 20 déc. 2007, n° 06-20.201). Ce faisant il s'agirait toutefois sans doute d'une abstention dans l'action.

³⁰⁰¹ CPC, art. 473.

³⁰⁰² Soc., 5 mars 1996, n° 93-42.397 et 93-42.398. Voir cependant, concernant l'attitude d'un intimé en appel bénéficiant de l'exécution provisoire : Civ. 2^{ème}, 8 nov. 2001, n° 99-11.649.

où celui-ci serait justifié au fond. Toutefois, l'absence totale de défense en première instance pourrait alors être perçue comme une attitude dilatoire³⁰⁰³. De même, le fait de ne pas se désister d'une instance devenue sans objet peut constituer un abus du droit d'agir en justice³⁰⁰⁴.

On peut enfin envisager, au titre des comportements pouvant être réalisés par commission ou abstention, la rupture brutale des relations commerciales établies³⁰⁰⁵. Celle-ci peut évidemment résulter d'une attitude active d'un des partenaires, spécialement la résiliation d'un contrat à durée indéterminée³⁰⁰⁶. Deux hypothèses soulèvent, en revanche, davantage d'interrogations. La Cour de cassation a, en effet, admis qu'une rupture brutale puisse être caractérisée en raison d'une baisse non justifiée du volume de commandes, ou d'un arrêt pur et simple de celles-ci, ainsi que dans l'hypothèse où un contrat à durée déterminée ne serait pas renouvelé. Les raisons d'être d'une telle admission sont claires : elles évitent que celui qui est engagé dans une relation commerciale n'échappe à l'obligation qui lui est faite de respecter un préavis raisonnable pour rompre la relation³⁰⁰⁷ en laissant celle-ci mourir. Cette lecture procède cependant indiscutablement d'une lecture extensive. On pourrait ainsi faire valoir que l'idée même de contrat à durée déterminée induit une précarité qui empêche la relation commerciale d'être établie. La solution n'est sans doute pas mauvaise en soit. Elle traduit toutefois une lecture extensive du texte qui, concernant un comportement pouvant conduire au prononcé d'une sanction pécuniaire aussi sévère que celle prévue à l'article L. 442-4, I du Code de commerce³⁰⁰⁸, n'est pas satisfaisante³⁰⁰⁹.

³⁰⁰³ Pour une hypothèse proche : Civ. 2^{ème}, 16 juin 1993, n° 91-20.203 ; Com., 3 nov. 2009, n° 07-14.283. De plus, on peut voir comme une abstention entraînant le prononcé d'une amende civile l'attitude de l'appelant qui, enjoint de justifier de l'exécution provisoire du jugement de première instance, s'abstient et ne soutient pas son appel : Versailles, 3 juin 2003, n° 2002-3302. On peut toutefois penser qu'il s'agit plutôt d'une abstention dans l'action. Voir également : Versailles, 29 juin 2001, n° 2001-909.

³⁰⁰⁴ Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 2016, n° 15-23.681.

³⁰⁰⁵ Voir l'ancien article L. 442-6, I 5^o, devenu L. 442-1, II. Pour une présentation de cette notion, voir par exemple : D. Legeais, « Synthèse – Contrats de distribution », *LexisNexis*, 2020, n° 14. Pour un rappel récent des modalités d'appréciation du caractère brutal, voir par exemple : Com., 21 mars 2018, n° 16-17.146, Centre de droit de la concurrence Y. Serra, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2018.2326, préc. ; F. Buy, « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2016 », *RLDC* 2016/143.

³⁰⁰⁶ K. Haeri, B. Javaux, H. J. Adler, « La réforme de la rupture brutale des relations commerciales établies : un encadrement dans la continuité », *RLC* 2019/86, I-B.

³⁰⁰⁷ L'ordonnance du 24 avril 2019 ayant ajouté la précision qu'un délai de dix-huit mois était nécessairement raisonnable.

³⁰⁰⁸ Dont le montant maximal est le plus élevé entre cinq millions d'euros, le triple du montant des avantages indument perçus ou obtenus ; 5 % du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France par l'auteur des pratiques lors du dernier exercice clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre.

³⁰⁰⁹ Cf *supra*, n° 605.

769. Conclusions concernant la distinction des comportements de commission ou d'omission. En dépit d'éléments de complexité indéniables, certains comportements actuellement réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles semblent supposer une action alors que d'autres peuvent être le fait d'une abstention. À l'image des solutions retenues en droit pénal, il serait dangereux d'admettre que le texte qui prévoit de la part de son auteur une attitude active puisse être transposé à des situations équivalentes dans lesquelles l'individu a adopté une attitude purement passive. L'interprétation assouplie des principes répressifs lorsqu'ils s'appliquent aux sanctions pécuniaires civiles n'y change rien : il ne paraît pas admissible de retenir à la fois une exigence atténuée de précision du texte d'incrimination et d'écarter le principe d'interprétation stricte des textes répressifs, sauf à vider le principe de légalité de toute réalité³⁰¹⁰.

770. Le comportement d'origine ou de conséquence. La mise en œuvre des autres méthodes de classification retenues en droit pénal semble moins complexe. Celle des « infractions » d'origine ou de conséquence n'appelle ainsi pas de longs développements. En droit pénal, elle correspond aux infractions qui ne peuvent être commises que consécutivement à une autre infraction³⁰¹¹. L'archétype en est le recel, qui suppose de « dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit » ou de bénéficier du produit d'un crime ou d'un délit³⁰¹², ou l'usage de faux³⁰¹³ qui n'est concevable qu'en présence d'un faux. La qualification d'infraction de conséquence impose de caractériser l'infraction d'origine, mais la répression de l'infraction de conséquence n'est pas subordonnée à celle de l'infraction d'origine : il suffit que l'ensemble des éléments de cette dernière soient caractérisés et que l'auteur de l'infraction de conséquence ait eu conscience de s'associer à une telle infraction³⁰¹⁴.

Il ne semble pas, en droit positif, qu'un comportement de conséquence soit réprimé au moyen d'une sanction pécuniaire civile. Il convient, de ce point de vue, de préciser que l'« infraction » de conséquence se distingue des conditions préalables³⁰¹⁵ :

³⁰¹⁰ *Ibid.*

³⁰¹¹ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 683.

³⁰¹² CP, art. 321-1.

³⁰¹³ CP, art. 441-1.

³⁰¹⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 684.

³⁰¹⁵ Sur lesquelles : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 222.

une « infraction » ne saurait être qualifiée d'« infraction de conséquence » que si elle présuppose un « comportement d'origine » lui-même sanctionnable. On ne saurait ainsi voir une « infraction de conséquence » dans l'exigence, posée à l'article L. 442-I, II du Code de commerce, selon laquelle la rupture de la relation commerciale établie le soit par une « personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services »³⁰¹⁶. Une telle exigence ne conduit pas non plus à qualifier l'« infraction » de complexe.

771. Le comportement simple, complexe ou d'habitude. En droit pénal, l'infraction simple s'oppose aux infractions composites. Alors que la première est constituée dès l'accomplissement d'un acte incriminé, les secondes supposent la réunion d'une pluralité d'actes. Cette exigence est également à distinguer des conditions préalables qui ne constituent pas à proprement parler des éléments constitutifs de l'infraction mais sont un présupposé étranger à ceux-ci³⁰¹⁷. Le principal intérêt de cette distinction tient à l'identification du lieu et surtout du moment de constitution de l'infraction, qui conditionne éventuellement la loi applicable en cas de succession de lois dans le temps³⁰¹⁸ et détermine en tout cas le point de départ de la prescription³⁰¹⁹.

Les infractions composites se divisent elles-mêmes entre infractions complexes et infractions d'habitude. Les premières correspondent à des infractions « constituée[s] de plusieurs faits distincts et consécutifs, globalement imputables à une même personne »³⁰²⁰. En ce cas, l'auteur du comportement ne se rendra pas coupable de plusieurs infractions successives³⁰²¹ mais d'une seule infraction réalisée au jour où tous les faits consécutifs ont été réalisés. L'infraction d'habitude s'en distingue en ce que les faits à l'origine de l'infraction sont les mêmes, séparés par un certain laps de temps,

³⁰¹⁶ Sur la relation entre les parties visées par l'ancien article L. 442-6, I 2° du Code de commerce : Ph. Le Tourneau, M. Zoia, « Fasc. 1030 : Conditions de validité – Validité au regard du droit de la concurrence », art. préc., n° 94, a ; M. Malaurie-Vignal, « Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif », CCC 2015, étude 9, n° 4. Concernant la qualité des parties rendant applicable le régime de rupture brutale des relations commerciales établies, voir par exemple : Com., 8 févr. 2017, n° 15-23.050, « Rupture brutale de relation : inapplicabilité du régime entre une coopérative et un associé », D. 2017.404. Sur l'exigence d'une relation établie : F. Buy, « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2016 », art. préc.. En dernier lieu la chambre commerciale a rejeté une interprétation restrictive d'une cour d'appel : Com., 15 janv. 2020, n° 18-10.512, § 11 et 12.

³⁰¹⁷ *Ibid.*

³⁰¹⁸ *Cf supra*, n° 601 et s..

³⁰¹⁹ Voir en matière d'infractions d'habitude : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 678.

³⁰²⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 674.

³⁰²¹ Sur cette notion : E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 682.

et perpétrés par un agent ayant accepté le principe de ce renouvellement³⁰²² : ainsi, par exemple, de celui qui se livre de façon habituelle à l'exercice de la médecine en ne remplissant pas les conditions exigées par le Code de la santé publique³⁰²³. Une telle infraction n'est, quant à elle, constituée qu'au jour de la dernière répétition de l'acte.

Cette classification ne semble pas non plus trouver d'écho concernant les actes actuellement réprimés au moyen d'une sanction pécuniaire civile. Le constat ne saurait surprendre concernant le caractère complexe de l'élément matériel dans la mesure où, même en droit pénal, une telle qualification semble rarement trouver à s'appliquer³⁰²⁴. Ce constat doit, en revanche, être plus nuancé concernant les infractions d'habitude. On peut ainsi remarquer que cette notion n'est pas totalement étrangère à l'amende civile désormais édictée à l'article 373-2-6 du Code civil, laquelle peut notamment être prononcée à l'encontre d'un parent faisant obstacle de façon renouvelée à l'exécution d'une décision ou de certaines conventions en matière d'autorité parentale. La répétition n'est toutefois pas une condition impérative du prononcé de l'amende civile : celle-ci peut également être infligée en présence d'un seul manquement du moment que celui-ci est suffisamment grave.

Le fait qu'aucun comportement réprimé au moyen de sanctions pécuniaires civiles ne fasse écho à ces catégories trouve sans doute plusieurs explications. Il pourrait traduire une réflexion moins poussée, concernant des mesures incluses en droit civil, sur les comportements justifiant l'infliction de sanctions³⁰²⁵. Bien qu'il soit peu contestable que le régime des mécanismes répressifs soit moins abouti en droit civil qu'en droit pénal, il n'est toutefois pas certain que les solutions retenues s'expliquent uniquement par un manque de réflexion portée sur le comportement réprimé : l'habitude ou la complexité du comportement constituent deux moyens pour le législateur de limiter, d'encadrer les cas dans lesquels un justiciable pourra être condamné. Une telle limitation pourrait alors contredire la recherche de flexibilité et d'efficacité qui préside en partie au recours à des sanctions pécuniaires civiles.

³⁰²² E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 678.

³⁰²³ CSP, art. L. 4161-3.

³⁰²⁴ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 674 et s..

³⁰²⁵ Sur cette idée voir plus généralement : B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*.

772. Les « infractions » instantanées ou continues³⁰²⁶. Les comportements réprimés par des sanctions pécuniaires civiles peuvent enfin être envisagés en fonction de leur durée : ils sont alors instantanés ou continus. Les enjeux en droit pénal d'une telle distinction tiennent principalement à leur prescription ainsi qu'à la localisation dans le temps et dans l'espace des comportements réprimés. Concernant ce second aspect, l'infraction est constituée dans l'ensemble des lieux où le comportement s'est réalisé³⁰²⁷. En revanche, la localisation dans le temps dépend de la date de cessation du comportement : c'est à ce moment qu'il convient de se placer pour déterminer la loi applicable³⁰²⁸. Sur le plan de la prescription, c'est également à ce moment que la prescription de l'action commence à courir.

L'inscription dans le temps de l'infraction peut tenir à deux éléments. Elle peut, d'une part, résulter d'une attitude prolongée de l'auteur du comportement, tant du point de vue matériel que moral. C'est dans une telle hypothèse que l'infraction est qualifiée de continue. L'infraction peut, par ailleurs, aussi bien résulter d'une action que d'une abstention, pour autant, dans ce dernier cas, que l'obligation d'agir dont le manquement justifie la répression dure³⁰²⁹. Un rapide regard sur les cas actuellement sanctionnés par des amendes civiles laisse apparaître que ceux-ci sont, dans l'ensemble, susceptibles d'être réalisés de façon instantanée³⁰³⁰ : le comportement de l'officier d'état civil qui omet une mention³⁰³¹ ou la rupture d'une relation commerciale établie par la résiliation d'un contrat à durée indéterminée³⁰³² se réalisent ainsi en un trait de temps. Il est pourtant concevable que certains comportements réprimés au moyen d'une amende civile s'inscrivent dans la durée. Tel serait, par exemple, le cas d'un parent dont l'attitude continue empêche la réalisation d'une décision ou d'un accord en matière d'autorité parentale³⁰³³, de celui qui se maintient dans un local à l'expiration du terme

³⁰²⁶ La transposition de cette distinction aux sanctions pécuniaires civiles semble d'autant plus pertinente qu'elle a été admise, au-delà du droit pénal, en matière de sanction administrative concurrentielle par la Cour de cassation : P. Arhel, « Concurrence : règles de procédure – Instruction devant l'Autorité de la concurrence », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2018, n° 120 et 121.

³⁰²⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 698 et 699.

³⁰²⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 696 et 697. Concernant l'application dans le temps de la loi d'incrimination, le fait que le comportement ait commencé antérieurement à l'entrée en vigueur de celle-ci n'interdit pas la répression dès lors que celui-ci s'est prolongé postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi. Inversement, dans le cas où le comportement a commencé antérieurement à l'abrogation de la loi l'incriminant, celui-ci ne pourra plus être poursuivi, ce qui paraît cohérent avec le principe de rétroactivité *in mitius*.

³⁰²⁹ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 690.

³⁰³⁰ Par ailleurs, en matière de peine pécuniaire privée, il semble tout à fait envisageable que les comportements visés par les articles L. 331-1-3 et L. 331-1-4, al.4 du Code de la propriété intellectuelle en matière d'atteinte aux droits d'auteurs se réalisent de façon prolongée dans le temps.

³⁰³¹ C. civ., art. 50.

³⁰³² C. com., art. L. 442-1, II.

³⁰³³ C. civ., art. 373-2-6.

de sa réquisition³⁰³⁴, qui ne respecte pas l'affectation de certains immeubles³⁰³⁵ ou de celui qui, s'abstenant de se désister d'une demande devenue sans objet, abuse de son droit d'agir en justice³⁰³⁶. De façon moins instinctive, un comportement continu pourrait être décelé à l'article L. 442-1, I, 2° du Code de commerce, qui envisage, dans le cadre d'une relation commerciale, le fait de soumettre l'autre partie à des obligations créant un déséquilibre significatif. Il peut, certes, être difficile de concevoir comment le comportement pourrait être continu lorsqu'il consiste dans la conclusion d'un contrat³⁰³⁷. L'article envisage cependant également la phase de négociation commerciale et d'exécution du contrat qui, quant à elles, se prolongent dans le temps³⁰³⁸ : la mise en œuvre, dans le cadre de l'exécution du contrat, des clauses à l'origine du déséquilibre pourrait suffire à justifier la qualification de comportement continu³⁰³⁹.

³⁰³⁴ CCH, art. L. 641-9.

³⁰³⁵ CCH, art. L. 651-2.

³⁰³⁶ Cf *supra*, note n° 3004.

³⁰³⁷ C. com., art. L. 442-1, I, al.1^{er}.

³⁰³⁸ La lettre du texte pourrait d'ailleurs laisser penser que la conclusion d'un contrat déséquilibré résulte d'une soumission dans la phase précontractuelle. Certes, la jurisprudence semble se désintéresser de la puissance économique des fournisseurs liés contractuellement, n'exigeant notamment pas la caractérisation d'un état de dépendance (M. Béhar-Touchais, « Le choc des titans : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 53, spéc. n° 2 ; F. Buy, « Le "déséquilibre significatif", devant la Cour de cassation : enfin des précisions ? », *D.* 2015.1021 ; M.-C. Mitchell, T. Delannoy, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », art. préc. ; 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, étude 5 ; S. Le Gac-Pech, « Sanctions et démesures », *JCP E* 2015, 1207. Voir concernant l'absence d'exigence de dépendance en matière de rupture brutale des relations commerciales établies : F. Buy, « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2016 », art. préc.). Toutefois toute exigence de soumission n'est pas écartée, la Cour de cassation imposant généralement que le caractère de contrat d'adhésion soit démontré : Com., 25 janv. 2017, préc., F.-X. Licari, « Quelques précisions importantes sur les champs d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce », art. préc. ; M.-C. Mitchell, T. Delannoy, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *ibid.* ; Ph. Le Tourneau, M. Zoia, « Fasc. 1030 : Conditions de validité – Validité au regard du droit de la concurrence », art. préc., n° 94 ; M. Chagny, « Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », *RTD com.* 2016.81 ; Com., 14 févr. 2018, n° 17-11.924, Centre de droit de la concurrence Y. Serra, « Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2018.2326, préc.. Ce faisant, la Cour de cassation semble se livrer à une appréciation *in concreto* au stade de la négociation : M. Béhar-Touchais, « Un déséquilibre significatif à deux vitesses », art. préc.. Voir également : Com., 26 avr. 2017, préc.. Voir cependant, semblant ne pas imposer la démonstration d'une soumission : Com., 3 mars 2015, préc..

³⁰³⁹ Le fait que le texte mentionne l'exécution du contrat évite sans doute que l'« infraction » soit qualifiée de « permanente ». Une telle infraction, dont les effets se prolongent naturellement dans le temps en l'absence du maintien de la volonté coupable de son auteur, est soumise, notamment du point de vue de la prescription, au régime des infractions instantanées : E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 702. Le fait de distinguer entre les cas dans lesquels le déséquilibre résulte simplement de la conclusion du contrat et ceux dans lesquels il participe d'une réelle volonté maintenue durant son exécution rejoindrait par ailleurs la solution consacrée par la Cour de cassation concernant les sanctions administratives en matière de concurrence : Com., 15 mars 2011, n° 09-17.055 : « Mais attendu que l'arrêt retient, par motifs propres et adoptés, qu'une pratique anticoncurrentielle revêt un caractère instantané lorsqu'elle est réalisée en un trait de temps, dès la commission des faits qui la constituent et qu'elle revêt au contraire un caractère continu lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la répétition constante ou par la persistance de la volonté anticoncurrentielle après l'acte initial sans qu'un acte matériel ait nécessairement à la renouveler dans le temps ».

D'autre part, la spécificité de l'« infraction », du point de vue de son inscription dans le temps, peut tenir à son résultat. Tel est le cas, notamment, lorsque le résultat d'une infraction fait partie intégrante de sa définition : l'exemple type en droit pénal est alors l'homicide involontaire³⁰⁴⁰. La disjonction entre le moment auquel le comportement est réalisé et celui auquel il produit ses effets peut alors être pris en compte. Bien que la plupart des textes édictant des amendes civiles ne semblent pas opérer une distinction entre le comportement réprimé et son résultat³⁰⁴¹, une telle qualification pourrait sembler pertinente concernant les amendes civiles en matière de dénégation d'acte³⁰⁴², d'inscription en faux³⁰⁴³ ou de demande de récusation³⁰⁴⁴, lesquelles supposent un rejet de la demande. Alors que ce rejet se réalisera instantanément, un délai sépare la demande de la décision du juge. Il peut, cependant, paraître contestable de voir dans cette décision le « résultat » de l'infraction³⁰⁴⁵, le rejet de la prétention ayant simplement pour effet de révéler le caractère mal fondé de cette dernière.

773. Conclusions et conséquences des qualifications retenues. Dégagées par la doctrine et la jurisprudence en droit pénal, les différentes qualifications envisagées trouveraient à s'appliquer de façon opportune aux comportements réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles. Éprouvées au sein d'une matière qui, en raison de son objet, livre une analyse des comportements réprimés plus fine que celle généralement retenue en droit civil, elles permettraient, notamment, de parvenir à une meilleure analyse de ces comportements. Une telle analyse permet, particulièrement, d'éviter de retenir une interprétation trop large de ces comportements, ainsi que de déterminer de façon satisfaisante les données géographiques et temporelles dont il convient de tenir compte dans le cadre de la mise en œuvre de leur répression. Du point de vue de la prescription, une telle analyse se révélerait en particulier utile dans l'hypothèse où le point de départ de la prescription des amendes civiles au jour de la commission des faits serait retenu³⁰⁴⁶.

³⁰⁴⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 693.

³⁰⁴¹ Cf *infra*, n° 774.

³⁰⁴² CPC, art. 295.

³⁰⁴³ CPC, art. 305, 1029 ; CPP, art. D. 47-1.

³⁰⁴⁴ CPC, art. 348 ; CPP, art. 673 ; Décret n° 2016-651 du 20 mai 2016 relatif aux avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation salariés, art. 12.

³⁰⁴⁵ Sur la notion de résultat en matière répressive, voir notamment : E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 718 et s..

³⁰⁴⁶ Cf *supra*, n° 740 et s..

b – Une absence globale de nécessité d'un résultat.

774. La distinction des infractions formelles, matérielles et obstacle. En droit pénal, la majorité des infractions sont définies en précisant un résultat. La réalisation de ce résultat est parfois une condition de constitution de l'infraction. Celle-ci est alors dite « matérielle » et ne sera constituée qu'au moment où ce résultat est atteint³⁰⁴⁷. De plus, la répression du comportement supposera de rapporter la preuve de la réalisation du résultat envisagé³⁰⁴⁸. À l'inverse, lorsque l'infraction est dite « formelle », la constitution de celle-ci suppose simplement que le comportement puisse aboutir au résultat redouté. Dans les deux cas, il doit exister un lien de causalité direct entre le comportement et son résultat, obtenu ou envisageable, si bien que l'identification d'une cause étrangère présentant les caractères de la force majeure aboutira à nier la constitution de l'infraction³⁰⁴⁹.

Toutefois, certaines infractions pénales sont définies uniquement par référence à un comportement. Elles sont alors dites « obstacles ». C'est à cette hypothèse que paraissent correspondre la majorité des amendes civiles admises en droit positif. Tel est indubitablement le cas des amendes sanctionnant le non-respect par des officiers civils de certaines formalités ainsi que de la grande majorité des amendes civiles de procédure³⁰⁵⁰. Les choix opérés en la matière par le législateur semblent particulièrement en faveur de la répression. Ainsi, les comportements décrits à l'article L. 442-1, I du Code de commerce, à savoir, pour une « personne exerçant des activités de production, de distribution ou de services » d'obtenir de l'autre partie un avantage sans contrepartie réelle ou de soumettre celle-ci à une obligation créant un déséquilibre significatif, peuvent faire figure d'« infractions matérielles »³⁰⁵¹. Le fait de ne pas obtenir un avantage sans réelle contrepartie ou de ne pas obtenir la soumission de l'autre partie à une obligation créant un déséquilibre significatif aurait alors fait obstacle à toute répression. L'« incrimination » expresse de la tentative au sein de

³⁰⁴⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 735.

³⁰⁴⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 730.

³⁰⁴⁹ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 747.

³⁰⁵⁰ Sous réserve notamment des amendes civiles en matière d'actions de groupe (Code de la justice administrative, art. L. 77-10-14 ; Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice au XXI^e siècle, art. 73). Celles-ci réprimant les attitudes abusives ou dilatoires faisant obstacle à la conclusion d'un accord, on peut *a minima* considérer qu'il s'agit d'« infractions » formelles. On peut même penser que la conclusion de l'accord s'opposerait au prononcé de l'amende civile aboutissant à retenir une qualification « matérielle ».

³⁰⁵¹ *Cf supra*, n° 772.

l'article L. 442-1, I du Code de commerce écarte alors la nécessité d'une obtention du résultat en vue de mettre en œuvre des mesures répressives³⁰⁵².

La volonté d'effectivité qui anime le recours à des sanctions pécuniaires civiles³⁰⁵³ explique sans doute la mise en œuvre quasi-systématique de méthodes d'« incrimination » permettant de s'affranchir de la preuve d'un résultat. Cette tendance explique sans doute la présentation des sanctions pécuniaires civiles, et plus précisément des amendes civiles, comme venant réprimer l'inaccomplissement de formalités³⁰⁵⁴. On peut alors *a minima* penser que la prédominance des « infractions obstacles » au sein des amendes civiles tend à cantonner celles-ci à un tel rôle, si bien que cette caractéristique devrait progressivement s'effacer, éventuellement au profit d'« infractions formelles » ou d'une prise en compte de la tentative si la tendance à la multiplication de ces mécanismes devait se confirmer.

2 – L'état d'esprit nécessaire à la condamnation à une sanction pécuniaire civile.

775. L'importance accordée à l'élément moral dans les projets de réforme du droit de la responsabilité civile. Loin de s'affranchir de toute idée d'élément moral, les différents projets de réforme de la responsabilité civile envisageant la création de mécanismes ouvertement punitifs semblent faire de l'état d'esprit avec lequel l'agent adopte un comportement, autrement dit l'élément moral³⁰⁵⁵, le critère essentiel de la répression³⁰⁵⁶. L'attention portée à cet élément se comprend d'autant mieux qu'il constitue généralement, pour ses propositions, le critère exclusif de détermination des comportements méritant d'être réprimés.

³⁰⁵² Évoquant le caractère « sanctionnable *per se* des manquements » : S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, n° 947 ; E. Kerguelen, *Les pratiques restrictives*, *op. cit.*, n° 1394.

³⁰⁵³ *Cf supra*, Partie I, Titre II.

³⁰⁵⁴ J. Pradel, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 672.

³⁰⁵⁵ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 831 ; P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, *op. cit.*, n° 119.

³⁰⁵⁶ Voir sur la dimension morale du comportement justifiant le prononcé de dommages et intérêts punitifs en droit québécois : J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1-386 et s.. La position actuelle de ce droit consiste à exiger la preuve d'un « état d'esprit dénotant un désir, une volonté ou au moins une conscience de causer les conséquences négatives immédiates et naturelles, ou au moins très probables ». Voir également, limitant le recours à des peines privées à des fautes dépassant la simple négligence : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 293. Certes la faute lourde, dont l'auteur propose de faire le degré minimal d'infliction de la peine, est bien loin de l'exigence d'intention, expressément rejetée par l'auteur (*op. cit.*, n° 290). Elle témoigne toutefois indubitablement, dans la pensée de l'auteur, d'une négligence coupable.

L'exigence d'un élément moral spécifique s'exprime, au sein des projets de réforme du droit de la responsabilité civile, à travers les fautes qualifiées auxquelles recourent ces différents projets pour déterminer le champ d'application de la répression³⁰⁵⁷. L'article 1371 de l'avant-projet dirigé par Pierre CATALA prévoit ainsi le prononcé de dommages et intérêts punitifs en cas de faute « manifestement délibérée ». La volonté des auteurs de l'avant-projet est ainsi de cantonner la répression à des « fautes intelligentes »³⁰⁵⁸, à des fautes résultant d'une délibération préalable. L'article 1371 n'est toutefois pas allé jusqu'à exiger une faute intentionnelle, *i.e.* une faute orientée vers le résultat dommageable³⁰⁵⁹. Tel est le cas, en revanche, de l'article 69 du projet sous la direction de Monsieur TERRÉ, limitant aux fautes intentionnelles la mise en œuvre d'une « réparation exemplaire »³⁰⁶⁰.

Quant à la recommandation 24 du rapport d'information du Sénat relatif à la responsabilité civile, ainsi qu'à l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile, ces derniers exigent, explicitement ou implicitement, la commission d'une faute lucrative. Comprise dans sa dimension subjective, une telle faute suppose la conscience du manquement en vue d'en retirer un profit, caractérisant de ce fait un état d'esprit particulier.

776. Quel que soit le degré d'exigence au sujet de l'état d'esprit de l'auteur du comportement qu'envisagent ces projets, on peut souligner certaines différences avec l'intention pénale, requise systématiquement pour les crimes et généralement pour les délits³⁰⁶¹. D'une part, à l'exception du projet sous la direction de Monsieur TERRÉ, les différents projets de réforme n'exigent pas la commission d'une faute intentionnelle. On peut ainsi remarquer que la faute délibérée a été introduite en droit pénal afin d'établir une hiérarchie au sein des fautes non intentionnelles³⁰⁶². Quant à la faute lucrative, même comprise dans sa dimension subjective, elle dénote davantage

³⁰⁵⁷ Pour une présentation des fautes qualifiées voir par exemple : H. Lalou, « La gamme des fautes », *D.* 1940 chron. p. 17.

³⁰⁵⁸ S. Carval, *Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ?*, art. préc. ; A. Rabut, *De la notion de faute en droit privé*, *op. cit.*,

³⁰⁵⁹ M. Chagny, « La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », préc., n° 8.

³⁰⁶⁰ *Cf supra*, n° 284. Sur la dimension subjective des fautes intentionnelles voir par exemple : G. Viney, « Remarques sur la distinction entre faute intentionnelle, faute inexcusable et faute lourde », art. préc..

³⁰⁶¹ CP, art 121-3. Un tel élément n'est en revanche pas requis concernant les contraventions : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 232.

³⁰⁶² Y. Mayaud, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 241 et s. ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 860 et s..

une prise en compte des motifs de l'agent que l'exigence que sa volonté soit tendue vers la réalisation du dommage³⁰⁶³.

D'autre part, exception faite du rapport d'information du Sénat, les différents projets ne définissent le champ de la répression qu'à travers la précision de l'état d'esprit de l'agent et non à travers l'identification d'un comportement ou d'un résultat particulier³⁰⁶⁴. Ce faisant, même l'exigence d'une faute intentionnelle au sein du projet sous la direction de Monsieur TERRÉ ne semble pas parfaitement assimilable à l'intention pénale : cette dernière suppose que l'auteur du comportement tende sa volonté vers un résultat identifié par le législateur³⁰⁶⁵. La faute civile intentionnelle sera à l'inverse caractérisée dès lors que l'auteur du comportement a voulu la réalisation d'un dommage précis, quel que soit ce dommage. Une telle faute traduit sans doute un état d'esprit particulièrement blâmable. Il n'est pourtant pas possible de considérer qu'elle constitue, à l'image de la faute pénale intentionnelle, une hostilité démontrée aux valeurs sociales³⁰⁶⁶.

777. L'élément moral et les sanctions pécuniaires civiles existantes. En droit positif, l'analyse de l'élément psychologique de l'auteur d'un comportement réprimé par une sanction pécuniaire civile se présente nécessairement sous un angle particulier. L'indifférence au résultat du comportement d'une partie des textes instaurant des sanctions pécuniaires civiles³⁰⁶⁷ influe nécessairement sur l'état mental exigé de l'agent : autant il est parfaitement concevable qu'une « infraction formelle » soit intentionnelle³⁰⁶⁸, autant cela ne semble pas possible pour une « infraction obstacle ». Tout au plus cette dernière pourra-t-elle résulter d'un comportement volontaire.

Au-delà de cette spécificité, il ne semble pas contestable que les différents textes instaurant des sanctions pécuniaires civiles présentent des disparités importantes quant à l'état d'esprit exigé de l'agent : alors que certains textes se contentent d'exiger le constat d'un comportement considéré objectivement, d'autres font de l'état d'esprit de

³⁰⁶³ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 6.

³⁰⁶⁴ B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, op. cit., n° 57 et s..

³⁰⁶⁵ Sur la différence entre faute lucrative et faute intentionnelle : F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 6.

³⁰⁶⁶ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 231.

³⁰⁶⁷ Cf *supra*, n° 774.

³⁰⁶⁸ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 230.

l'agent une condition expresse de sa répression³⁰⁶⁹. Le fait qu'aucun texte ne précise actuellement l'état d'esprit que doit avoir, par principe, l'auteur d'un comportement réprimé au moyen d'une sanction pécuniaire civile ne saurait réellement surprendre. Le nombre relativement peu important ainsi que la disparité des comportements visés par de telles sanctions rendraient, en droit positif, à la fois inutile et complexe une tentative de systématisation. Le caractère tardif du développement général d'une théorie de l'élément moral en droit pénal témoigne d'ailleurs des difficultés à conceptualiser un tel élément³⁰⁷⁰. On peut toutefois espérer, dans une perspective de développement des sanctions pécuniaires civiles, qu'une attention particulière soit accordée par le législateur à la définition de l'état d'esprit nécessaire à la répression de chaque comportement.

778. Les sanctions pécuniaires civiles et l'erreur invincible de droit. Au sein des différentes causes d'irresponsabilité ou d'atténuation que connaît le droit pénal, une cause particulière semble entretenir des liens avec l'élément moral. L'article 122-3 du Code pénal dispose ainsi : « n'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte »³⁰⁷¹. Ce faisant, l'article admet des dérogations à l'adage selon lequel « Nul n'est censé ignorer la loi ». Les conditions de l'article sont toutefois extrêmement restrictives et correspondent principalement à l'information erronée donnée par une autorité administrative³⁰⁷². Convierait-il d'appliquer un tel principe aux sanctions pécuniaires civiles ? Certes le texte du Code pénal ne leur est normalement pas applicable. On pourrait toutefois transposer en ce domaine le raisonnement retenu à propos de l'application aux sanctions pécuniaires civiles des faits justificatifs du droit pénal, si bien qu'il convient de renvoyer à des développements ultérieurs sur ce point³⁰⁷³.

B – Les éléments extérieurs au comportement réprimé.

³⁰⁶⁹ Voir notamment en matière d'amende civile : *supra*, n° 149 et s., spéc. n° 153.

³⁰⁷⁰ *Ibid.*.

³⁰⁷¹ Sur le lien entre cet article et l'élément moral de l'infraction : Y. Mayaud, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 226.

³⁰⁷² *Ibid.*.

³⁰⁷³ *Cf infra*, n° 791.

779. Deux éléments, au moins en partie extérieurs au comportement réprimé, sont susceptibles d'être pris en considération par le juge lors de la déclaration de culpabilité. Les faits à l'origine de la répression n'étant pertinents que dans la mesure où ils sont susceptibles d'être rattachés à une personne, les sanctions pécuniaires civiles supposent qu'une imputation du comportement (1) soit possible. Alors même que tous les éléments constitutifs seraient réunis, l'auteur du comportement peut encore échapper à une condamnation s'il prouve l'existence de certains éléments de justification (2).

1 – Les sanctions pécuniaires civiles et l'imputation du comportement.

780. Avant de s'attacher à étudier les spécificités de l'imputation du comportement en matière de sanctions pécuniaires civiles (b), il convient de revenir sur un préalable nécessaire à toute imputation : l'imputabilité (a).

a – L'imputabilité du comportement.

781. Une divergence nécessaire entre le régime des sanctions pécuniaires civiles et le droit commun de la responsabilité civile. En dépit des critiques adressées à cette évolution, la responsabilité civile s'est largement détachée de toute exigence de culpabilité morale du responsable, allant jusqu'à admettre, au sein même de la responsabilité pour faute, la responsabilité d'un majeur protégé ou d'un très jeune enfant³⁰⁷⁴. La transposition de ces solutions aux sanctions pécuniaires civiles semblerait fortement contestable. Quelle que soit la fonction assignée à la répression, on ne saurait dissuader ou punir que celui qui était capable de maîtriser ses actes, libre de les adopter ou non. Tel ne saurait alors être le cas de celui dont le comportement a été dicté par des éléments extérieurs ou dont l'état n'a pas permis d'agir librement, à qui l'« infraction n'est pas imputable »³⁰⁷⁵. Alors même que les différents éléments

³⁰⁷⁴ Cf *supra*, n° 371 et s.. Adde : Ph. Le Tourneau, « La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988.505 ; « Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective », in *Les métamorphoses contemporaines de la responsabilité*, IX^{ème} journées R. Savatier, PUF, Paris, 1997, p. 19 et s., spéc. p. 23.

³⁰⁷⁵ L'imputabilité se comprend comme « la possibilité de mettre une responsabilité et une sanction à la charge d'une personne ». Dans un sens plus étroit « Elle exprime alors l'exigence d'un lien entre la volonté de l'agent et l'acte accompli » (P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », art. préc., p. 511 et s., spéc. p. 512 et p. 514).

nécessaires à la répression de l'agent sembleraient réunis³⁰⁷⁶, ce dernier peut alors échapper à la répression du fait de contraintes extérieures (i) ou bien en raison de son inaptitude à comprendre ou contrôler ses actes (ii).

i – La répression écartée du fait de contraintes extérieures.

782. L'hypothèse de la force majeure. Toute considération d'éléments extérieurs n'est pas exclue en droit commun de la responsabilité civile. Alors que l'ensemble des éléments nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité d'un individu sembleraient réunis, la cause étrangère ou le fait du tiers, s'ils présentent les caractéristiques de la force majeure, permettront à celui contre qui l'action est dirigée d'échapper à sa responsabilité³⁰⁷⁷. Applicable sans difficulté aux clauses pénales, la force majeure est également reconnue en matière d'astreintes³⁰⁷⁸. Les théories sont multiples pour expliquer cet effet de la force majeure. La principale théorie actuellement retenue en doctrine consiste à y voir une rupture de la causalité entre le fait générateur et le dommage³⁰⁷⁹. Cette analyse apparaît contestable. On peut effet se demander comment, si la force majeure rompt le lien de causalité, celui-ci avait pu être démontré en premier lieu³⁰⁸⁰. D'autres théories permettent alors à expliquer les effets de la force majeure en droit de la responsabilité. Classiquement, l'effet exonératoire de la force majeure était expliqué par la suppression du caractère fautif de l'acte³⁰⁸¹. De

³⁰⁷⁶ Le rattachement de l'imputabilité à l'élément moral est débattu. Alors que ce rattachement est reconnu par certains auteurs, il est contesté par d'autres qui voient dans cette notion une condition de la responsabilité propre à la personne du délinquant (P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », art. préc., p. 512). Pour cette raison, la question sera traitée à côté de l'élément moral.

³⁰⁷⁷ F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde, *Les obligations, op. cit.*, n° 1022 ; M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle, op. cit.*, n° 532 et s..

³⁰⁷⁸ Sur l'évolution de la législation en matière d'astreinte, d'une prise en considération de la force majeure ou du cas fortuit en matière d'astreintes définitives vers la prise en compte de la cause étrangère dans la détermination du montant de toute astreinte : F. Guerchoun, « Astreinte », art. préc., n° 139.

³⁰⁷⁹ F. Gréau, « Force majeure », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 (actualisation avr. 2018), n° 14.

³⁰⁸⁰ Voir notamment : A. Touzain, « L'imputation de la responsabilité, apport de l'unité du droit au droit de la responsabilité civile », « L'imputation de la responsabilité, Apport de l'unité du droit au droit de la responsabilité civile », in M. Touzeil-Divina et M. Sweeney (dir.), *Voyages en Unité(s) juridique(s) pour les dix années du Collectif L'Unité du Droit*, éd. L'épitoque, Lextenso, coll. « Académique », vol. 2, Paris, 2015, p. 303 et s., spéc. p. 306 : « L'affirmation laisse songeur : que l'on puisse la reprocher au propriétaire ou qu'elle résulte d'une tempête, la chute du pot de fleurs n'en joue pas moins un rôle causal identique ; qu'il se défende ou qu'il attaque, l'agent n'en presse pas moins la gâchette de son arme. La question n'est pas la causalité, qui est avérée ». Voir cependant : F. Leduc, « Causalité civile et imputation », *RLDC* 2007/40, n° 9.

³⁰⁸¹ F. Gréau, « Force majeure », art. préc., n° 13. Il a également été soutenu que la force majeure jouait à la fois sur le terrain de la faute et de la causalité : F. Gréau, « Force majeure », art. préc., n° 15. Voir en jurisprudence : Civ. 3^{ème}, 23 mars 2017, n° 16.12-870). Il a également été soutenu que la force majeure jouait à la fois sur le terrain de la faute et de la causalité : F. Gréau, « Force majeure », *art. cit.*, n° 15. Voir en jurisprudence : Civ.

façon plus récente, il a été proposé d'y voir la suppression de l'imputabilité « physique »³⁰⁸², voire de l'imputation du fait générateur à l'agent³⁰⁸³, lecture qui s'applique particulièrement bien, dans le cadre de la responsabilité civile, à la responsabilité du fait des choses.

783. La force majeure et l'imputabilité. Il ne semble pas nécessaire de s'attarder ici sur les mérites de ces différentes présentations. La question se pose en effet sous un prisme particulier lorsqu'elle s'applique à un mécanisme répressif, dès lors qu'un tel mécanisme ne se conçoit qu'en cas de faute³⁰⁸⁴. De là une distinction. Soit la force majeure exonère l'agent dans la mesure où, un résultat étant nécessaire à sa répression, la force majeure s'interpose entre le fait ou l'abstention du justiciable et le résultat. En ce cas, l'« infraction » n'est normalement pas constituée. Cette question relève toutefois de l'étude du résultat du comportement³⁰⁸⁵. Soit la force majeure a contraint le comportement de l'agent, abolissant sa volonté³⁰⁸⁶. C'est dans cette seconde perspective que la question relève de l'imputabilité du comportement.

Cette dernière hypothèse rejoint alors celle de la force ou de la contrainte, telles qu'envisagées à l'article 122-2 du Code pénal³⁰⁸⁷. La doctrine est cependant divisée sur l'assimilation de la force majeure du droit civil à la contrainte que connaît le droit pénal³⁰⁸⁸. En particulier, il est notamment fait état de ce que la contrainte morale est admise sur le fondement de l'article 122-2 du Code pénal, alors que, relevant du for intérieur de l'agent, elle ne paraît pas admissible sous l'angle de la force majeure³⁰⁸⁹. Toutefois, pour qu'une telle contrainte présente le caractère d'irrésistibilité exigé par l'article, elle devrait sensiblement se rapprocher du trouble psychique ou

³⁰⁸² 23 mars 2017, préc.). L'effet exonératoire de la force majeure au sein des responsabilités sans faute témoignerait alors d'une survivance minimale de l'idée de faute au sein de ces responsabilités. Voir cependant : P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », art. préc., p. 527.

³⁰⁸³ P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », art. préc., p. 523 et s..

³⁰⁸⁴ A. Touzain, « L'imputation de la responsabilité, Apport de l'unité du droit au droit de la responsabilité civile », *loc. cit.* : F. Leduc, « Causalité civile et imputation », *loc. cit.*. L'imputation consiste dans ce contexte à « Mettre sur le compte », plus précisément, dans un sens personnel, à la charge d'une personne : F. Leduc, « Causalité civile et imputation », art. préc., n° 2 et 7.

³⁰⁸⁵ Sur la différence du rôle joué par la force majeure entre responsabilité du fait personnel et responsabilité de plein droit : P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », *loc. cit.* ; F. Leduc, « Causalité civile et imputation », art. préc., n° 9. Sur la confusion de l'imputabilité et de l'imputation concernant la responsabilité du fait personnel, voir plus précisément le numéro 7 de ce dernier article.

³⁰⁸⁶ *Cf supra*, n° 774.

³⁰⁸⁷ F. Leduc, « Causalité civile et imputation », art. préc., n° 9.

³⁰⁸⁸ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 747.

³⁰⁸⁹ M. Danti-Juan, « Force majeure », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 (actualisation oct. 2019), n° 25 et s..

³⁰⁹⁰ L'objection ne vaut pas lorsque l'agent agit sous l'empire d'une pression extérieure irrésistible, serait-elle morale.

neuropsychique envisagé à l'article 122-1³⁰⁹⁰, ce qui renvoie alors à l'aptitude de l'agent à contrôler ses actes³⁰⁹¹. Elle se rapprocherait autrement de l'action effectuée sous l'emprise d'un état de nécessité, ce qui se détache alors de l'imputabilité du comportement dans la mesure où l'agent a choisi d'agir³⁰⁹².

À s'en tenir à la contrainte physique, les deux notions se rapprochent sensiblement³⁰⁹³. En tout état de cause, il est certain que celui dont le comportement a été imposé par une contrainte imprévisible et irrésistible ne saurait engager sa responsabilité, pénale ou civile³⁰⁹⁴. La solution doit sans débat s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles. Les différentes hypothèses actuellement visées par de telles sanctions rendent certes improbable la caractérisation d'une contrainte. On imagine mal comment un individu agirait en justice sous l'emprise d'une force irrésistible, ou comment un commerçant serait irrésistiblement contraint de soumettre ses partenaires à une clause créant un déséquilibre significatif dans leurs obligations. Dans les rares hypothèses où un cas de force majeure pourrait être à l'origine d'un comportement réprimé par une sanction pécuniaire civile, telle la défaillance de témoins ou la rupture brutale des relations commerciales du fait de la disparition de l'entreprise dans des circonstances extrêmes, sa caractérisation devrait cependant produire un effet exonératoire.

ii – La répression écartée du fait de l'inaptitude de l'agent à comprendre ou contrôler ses actes.

784. Les différences d'exigence d'imputabilité entre responsabilités civile et pénale. L'objectivisation de la faute civile, déjà évoquée³⁰⁹⁵, est trop connue pour qu'il soit nécessaire d'en réexposer les étapes. Il résulte de cette évolution qu'une

³⁰⁹⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 802. Voir cependant : M. Danti-Juan, « Force majeure », art. préc., n° 21.

³⁰⁹¹ Cf *infra*, n° 784 et s..

³⁰⁹² P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », *art. cit.*, p. 524 ; M. Danti-Juan, « Force majeure », *art. cit.*, n° 22 et s.. Sur cette question, cf *infra*, n° 791. Sur le rapprochement entre la force majeure du droit civil et l'état de nécessité : H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », *RSC* 2016.17.

³⁰⁹³ P. Jourdain, « Retour sur l'imputabilité », *loc. cit.*. Il est certes fréquemment objecté que la force majeure est appréciée *in abstracto* et la contrainte *in concreto* (M. Danti-Juan, « Force majeure », art. préc., n° 26), mais une telle présentation apparaît incertaine.

³⁰⁹⁴ F. Leduc, « Causalité civile et imputation », art. préc., n° 9 : « Dans la responsabilité pour faute, si le défendeur parvient à démontrer qu'il a agi sous l'emprise d'une cause étrangère insurmontable, il établit par là même que son comportement n'a pas été anormal, puisqu'il a été conforme à celui qu'aurait eu le bon père de famille dans les mêmes circonstances. En d'autres termes, la force majeure efface la faute ».

³⁰⁹⁵ Cf *supra*, n° 372. G. Viney, « La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », art. préc.

personne privée de tout discernement, en raison de son âge ou d'une altération, temporaire ou permanente³⁰⁹⁶, de ses facultés, peut être déclarée civilement responsable sur le terrain de la responsabilité pour faute. De telles solutions ne sont évidemment pas admises en droit pénal³⁰⁹⁷. Pour les majeurs, l'article 122-1 du Code pénal vise les hypothèses dans lesquelles un « trouble psychique ou neuropsychique » a aboli le discernement de l'agent, entraînant de ce fait son irresponsabilité, ou a « altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes », auquel cas les sanctions prononcées doivent être atténuées³⁰⁹⁸. À s'en tenir à la première hypothèse, l'agent privé de toute capacité de discernement au moment des faits échappera à la répression. Un tel trouble est apprécié *in concreto* et ne se confond pas avec les différentes mesures de protection des majeurs³⁰⁹⁹. Pour les mineurs, l'article 122-8 du Code pénal limite implicitement leur responsabilité pénale aux cas dans lesquels ils sont reconnus capables de discernement.

785. L'absence de discernement et les sanctions pécuniaires civiles. Les différentes fonctions attachées aux sanctions pécuniaires civiles militent sans conteste en faveur d'une reprise des solutions pénales³¹⁰⁰. On ne saurait en effet dissuader ou réprimer que celui qui pouvait comprendre ou maîtriser ses actes. La qualification civile de la sanction semble, à cet égard, parfaitement indifférente³¹⁰¹. Cette question n'a pour l'instant pas soulevé de réelles difficultés, ce dont on ne saurait s'étonner : les différentes hypothèses dans lesquelles des sanctions pécuniaires civiles sont instaurées, notamment celles réalisées à l'occasion d'actes juridiques³¹⁰², semblent peu compatibles avec la situation d'un jeune enfant ou d'une personne souffrant d'une abolition de son discernement. En une hypothèse au moins, la Cour de cassation a pourtant semblé admettre la prise en compte de la situation de la personne pour justifier

³⁰⁹⁶ C. civ., art. 414-3 : « 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 ».

³⁰⁹⁷ Voir, nuanciant la distinction entre responsabilité pénale et responsabilité civile sur ce point : G. Beaussonie, « La personnalité juridique en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur C. Neirinck*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 157, n° 17.

³⁰⁹⁸ Sur l'adaptation des peines, cf *infra*, n° 814.

³⁰⁹⁹ E. Dreyer, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 791.

³¹⁰⁰ Voir déjà : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 297 ainsi que la jurisprudence citée par l'auteur : Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, n° 81-16.549. La Cour avait considéré, au sujet de la faillite personnelle et des autres sanctions visées dans l'arrêt que les textes visés « édictent des sanctions et des déchéances, impliquent, pour leur application que les faits qu'ils répriment puissent être imputés à la faute de leur auteur ». L'auteur souligne cependant elle-même que la jurisprudence ne semble pas toujours en ce sens.

³¹⁰¹ Voir en ce sens : C. Grare, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 459.

³¹⁰² Cf *supra*, n° 64, *in fine*.

la mise à l'écart d'une amende civile. Dans un arrêt du 9 mai 1996³¹⁰³, une personne souffrant d'un lourd handicap avait agi en responsabilité à l'encontre de la Caisse primaire d'assurance maladie en demande d'indemnité chômage, droits dépendant de la seule rupture du contrat de travail et non de l'invalidité de la personne. La demande en justice ayant été rejetée pour ce motif, la cour d'appel considéra, toutefois, « qu'eu égard à la nature particulière de l'affaire et à la gravité du handicap de l'assurée » le recours ne pouvait être jugé abusif, excluant de ce fait le prononcé d'une amende civile. La Cour de cassation valida cette interprétation. Un rôle semble ainsi reconnu aux particularités de la personne dans la caractérisation du comportement réprimé d'une amende civile. Il est toutefois difficile de porter une appréciation certaine sur l'approbation donnée par la Cour de cassation. La motivation est, en effet, peu claire sur l'importance accordée à la « nature particulière de l'affaire » et celle accordée à « la gravité du handicap ». De plus, le handicap ne se confond pas avec le défaut de discernement. La cour d'appel ne s'était d'ailleurs pas appuyée sur cet élément pour écarter la répression d'un individu responsable d'un abus de droit en justice, ce qu'aurait commandé la prise en compte de l'absence d'imputabilité, mais pour nier l'existence d'un tel abus. Faut-il alors en déduire que l'état de détresse dans lequel se trouvait la personne justifiait la formulation de demandes fantaisistes ? La motivation laisse incertain.

À l'exception de cet arrêt, inédit et à la motivation peu convaincante, il paraît difficile de fournir des exemples d'une prise en compte de l'imputabilité dans l'infliction d'une sanction pécuniaire civile, ce dont on ne saurait s'étonner : les différentes hypothèses dans lesquelles des sanctions pécuniaires civiles sont instaurées, notamment celles réalisées à l'occasion d'actes juridiques³¹⁰⁴, semblent peu compatibles avec la situation d'un jeune enfant ou d'une personne souffrant d'une abolition de son discernement.

786. L'amende civile et la représentation. De nombreuses amendes civiles étant prononcées à l'occasion d'actes juridiques, on pourrait cependant s'interroger sur la difficulté spécifique que soulève l'hypothèse de la représentation légale d'une personne privée de tout discernement, spécialement concernant l'exercice de l'action

³¹⁰³ Soc., 9 mai 1996, n° 94-18.333.

³¹⁰⁴ Cf *supra*, n° 64, *in fine*.

en justice³¹⁰⁵. Le représentant n'agissant pas en son nom ni pour son compte, ce dernier ne devrait normalement pas pouvoir être condamné, sur le fondement de l'article 32 -1 du Code de procédure civile, au paiement d'une amende civile³¹⁰⁶. Le représenté n'étant pas capable de discernement, il ne servirait à rien de lui infliger une peine. En l'absence d'un texte spécifique, on pourrait pour l'heure conclure au refus du prononcé d'une amende civile dans cette hypothèse. Il ne saurait en être autrement que lorsque la possibilité de prononcer l'amende civile contre le représentant légal est expressément prévue³¹⁰⁷.

787. Conclusion. La nécessité de recourir à une appréciation du discernement de l'agent dans le cadre d'une condamnation à une sanction pécuniaire privée apparaît ainsi pratiquement inexistante en droit positif. Elle se révélerait, en droit prospectif, dans le cas où des sanctions pécuniaires civiles viendraient à réprimer des comportements réalisables en l'absence de tout discernement, rendant utile l'adoption d'un texte limitant l'infliction de telles sanctions aux seules personnes dotées de discernement³¹⁰⁸.

b – L'imputation du comportement au sens strict.

788. La personnalité des peines et les sanctions pécuniaires civiles³¹⁰⁹. Le principe de personnalité des peines correspond à une règle en apparence évidente : seule la personne qui a personnellement participé aux faits reprochés peut-être condamnée. Le principe admet cependant des exceptions ou des inflexions au sein même du droit pénal³¹¹⁰. Aussi remarquables que puissent être ces exceptions, elles ne sont en rien comparables avec l'imputation spécifique que connaît la responsabilité

³¹⁰⁵ Voir sur la représentation en justice des personnes protégées : D. Cholet, « Assistance et représentation en justice », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017 (actualisation déc. 2019), n° 23.

³¹⁰⁶ Voir, au sujet d'un cas de représentation conventionnelle : Civ. 2^{ème}, 15 mai 2014, n° 13-18.026.

³¹⁰⁷ CPP, art. 177-2, 212-2, al.3 : « Lorsque la partie civile est une personne morale, l'amende civile peut être prononcée contre son représentant légal, si la mauvaise foi de ce dernier est établie ».

³¹⁰⁸ Un tel texte n'était pas proposé par les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile dans la mesure où, limitant le recours à des sanctions pécuniaires civiles à des fautes qualifiées supposant un certain degré de conscience, il aurait semblé faire double emploi.

³¹⁰⁹ Sur la sanction d'une personne physique représentant une personne morale : *Cf supra*, n° 427.

³¹¹⁰ Voir par exemple : A. Demichel, « Le droit pénal marche en arrière », art. préc., I-B ; P. Bouzat, *Traité de droit pénal et de criminologie*, art. préc., n° 329 ; J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », *JCP E* 2009, 1226, n° 8 et s.. Certains auteurs parlent également d'une « exception indirecte » (E. Dreyer, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 984) concernant la faculté du juge de prononcé des peines solidaires. Il convient de remarquer que les amendes civiles donnent parfois également lieu à des condamnations solidaires. Voir par exemple : Com., 18 oct. 2016, n° 15-13.834.

civile dans les cas de responsabilité du fait d'autrui³¹¹¹. La transposition de cette responsabilité spécifique aux sanctions pécuniaires civiles semble devoir être exclue³¹¹².

Sans aller jusqu'à admettre des exceptions aussi manifestes au caractère personnel de la peine, les sanctions pécuniaires civiles connaissent des inflexions certaines de ce principe. De telles inflexions s'illustrent spécialement en cas de disparition de la personne morale antérieurement à sa condamnation³¹¹³. En droit pénal entendu strictement, la transmission des amendes en cas de disparition de l'auteur, personne physique ou morale, n'est par principe possible que dans le cas où la condamnation a été prononcée antérieurement à cette disparition³¹¹⁴. S'éloignant de ce principe, la Chambre commerciale de la Cour de cassation affirma, dans un arrêt du 21 janvier 2014 « que le principe de la personnalité des peines, résultant des articles 8 et 9 de la Déclaration de 1789, ne fait pas obstacle au prononcé d'une amende civile à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise »³¹¹⁵ et ce, alors même que la fusion d'une société a pour effet d'entraîner sa

³¹¹¹ Pour une analyse de la responsabilité du fait d'autrui sous l'angle spécifique de l'imputation, voir notamment : F. Leduc, « Causalité et imputation », art. préc., n° 7.

³¹¹² Réserve faite, dans le cas où la qualification de sanction pécuniaire civile du mécanisme particulier d'évaluation de l'« indemnisation » en matière de contrefaçon serait retenue (*cf supra*, n° 287). Une fois encore, le caractère mixte d'une telle sanction conduirait à un résultat peu satisfaisant sur le plan répressif. Sur les solutions spécifiques retenues historiquement en matière d'amendes douanières : *cf supra*, n° 41. Pour une démonstration de la nécessité d'exclure les cas de responsabilité du fait d'autrui en matière de peines privées : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 298. En matière d'amendes civiles voir : F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 20. Pour une admission ancienne de l'application du principe de personnalité des peines en matière d'amende civile, concernant les amendes applicables aux officiers d'état civil : M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », art. préc..

³¹¹³ Voir toutefois, en cas de sous-location d'un appartement en violation des règles fixées à l'article L. 631-7 du Code de la construction et de l'habitation entraînant une condamnation sur le fondement de l'article L. 651-2 du même code : Com., 12 juill. 2018, n° 17-20.654, B. Waltz-Teracol, « Amende civile en matière de meuble touristique : illustration d'une difficile articulation entre les dispositions civilistes et une sanction de nature punitive », *GP* 2018/34, p. 23.

³¹¹⁴ Pour une analyse de ces solutions, voir par exemple : M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, n° 138 ; B. de Lamy, « La transmission d'une amende par voie successorale », *RSC* 2013.430.

³¹¹⁵ Com., 21 janv. 2014, art. préc., L. de Graëve, « Réflexions sur le souhait de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure (à propos de Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 et Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-29.166) », art. préc. ; H. Barbier, « Faveur pour la transmission de l'obligation lors d'une transmission d'entreprise », art. préc. ; M.-C. Sordino, « Spécificité de l'application du principe de personnalité des peines en matière économique », art. préc. ; N. Mathey, « Principe de personnalité des peines et transmission de l'imputabilité en matière de pratiques restrictives », *CCC* 2014, comm. 91 ; V. Peltier, « L'application du principe de personnalité des peines à l'amende civile », *Dr. pén.* 2014, comm. 49 ; L. Constantin, « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors-jeu ? – Cour de cassation, com. 21 janvier 2014 », *AJCA* 2014.41 ; J.-D. Bretzner, « Les tribulations du principe de la personnalité des peines en cas de fusion absorption », *RLC* 2014/40 ; A. Couret, « Fusion : la transmission à la société absorbante de l'amende civile sanctionnant le comportement de l'absorbée », *BJS* 2014/3, p. 180 ; M. Béhar-Touchais, « De l'entreprise comme sujet du droit des pratiques restrictive de concurrence », *RDC* 2014/3, p. 415.

dissolution³¹¹⁶. Une telle solution, bien qu'elle semble cohérente avec les solutions retenues en matière de pratiques anticoncurrentielles³¹¹⁷, paraît en revanche contraire à la compréhension du principe de personnalité des peines tel que retenu en droit pénal³¹¹⁸. On ne saurait contester qu'une telle solution présente des avantages, spécialement en matière économique : elle permet notamment d'échapper aux risques d'une fraude consistant pour la société à l'origine de pratiques restrictives de concurrence à organiser son absorption afin d'échapper aux risques de condamnation³¹¹⁹. Dès lors que le principe de personnalité des peines est consacré à un

³¹¹⁶ M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy, *Droit des sociétés*, *op. cit.*, n° 1942. Toujours en matière de pratique restrictive de concurrence, la Cour de cassation a admis la mise en cause d'une société mère en cas de contrôle de ses filiales total sur ses filiales et franchisés : Com., 5 juill. 2016, n° 14-27.030, F. Buy, « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2016 », préc. ; L. Arcelin, « La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », art. préc. ; M. Chagny, « Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2016.719. Cet arrêt est toutefois moins notable dès lors qu'il se prononçait exclusivement sur le terrain de la responsabilité civile classique.

³¹¹⁷ On peut remarquer que l'article L. 464-2 du Code de commerce, qui prévoit le pouvoir de sanction de l'Autorité de la concurrence, fait expressément référence aux entreprises et non aux personnes morales. Voir par exemple : R. Amaro, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles. Étude des contentieux privés autonome et complémentaire devant les juridictions judiciaires*, *op. cit.*, n° 807 ; O. Ancelin-Menais, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428. Sur la prise en compte similaire de la notion d'entreprise en matière de pratiques anticoncurrentielles et de pratiques restrictives de concurrence : J.-B. Perrier, G. François, A. Fiorentino, S. Tisseyre, J.-F. Riffard, M. Morand, F. Buy, J. Theron, L. Neyre, « Chronique éthique de l'entreprise (novembre 2012 – mars 2014) (suite et fin) », *LPA* 2014/166, p. 6 ; M. Chagny, « Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile », art. préc. ; H. Barbier, « La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », art. préc.. Voir, concernant la jurisprudence de la Cour de cassation concernant les sanctions prononcées par l'ancien Conseil de la concurrence : Com., 28 janv. 2003, n° 01-00.528 : « Mais attendu, d'une part, que dès lors qu'il n'était pas contesté qu'à la suite de la fusion dont elle se prévalait, la société Domoservices maintenance avait assuré la continuité juridique et économique de la société Domoservices Ouest, ce dont il résultait que l'assiette de la sanction devait légalement être déterminée par son seul chiffre d'affaires ». La Cour de cassation admet même la transmission à une nouvelle personne morale d'une sanction administrative en l'absence de fusion-absorption, dès lors que la personne morale en cause a repris les moyens humains et matériels de la société à l'origine des pratiques : Com., 28 févr. 2006, n° 05-21.138, E. Chevrier, « Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles en cas de transfert d'entreprise », *D.* 2006.781. Voir néanmoins, contestant la continuité de la solution retenue en matière de pratiques restrictives de concurrence avec ces solutions : J.-D. Bretzner, « Les tribulations du principe de la personnalité des peines en cas de fusion absorption », art. préc.. Pour un résumé des solutions retenues par l'AMF sur le terrain du principe de personnalité des peines : T. Oun-Tat, D. Hervey, « Enjeux actuels liés à l'application par l'AMF des principes de proportionnalité et de personnalité des peines », *BJB* 2016/7-8, p. 339. Voir toutefois sur les solutions historiquement retenues en matière de scission : R. Vabres, « Fasc. 1151 : Autorité des marchés financiers. – Pouvoir de sanction », in *J.-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, LexisNexis, 2014 (mise à jour sept. 2018), n° 8.

³¹¹⁸ La Cour de cassation applique en ce cas l'article 6 du Code de procédure pénale en cas de mort du prévenu : Crim., 18 févr. 2014, n° 12-85.807 : « Attendu qu'il se déduit de l'article 6 du code de procédure pénale que la fusion-absorption faisant perdre son existence juridique à la société absorbée, l'action publique est éteinte à son égard ». Pour une étude des solutions retenues par la Cour de cassation en cas de fusion et sur la compatibilité avec la position de la Cour de justice de l'Union européenne : I. M. Barsan, « La personnalité des peines appliquée aux personnes morales en cas de fusion », *Rev. soc.* 2018.156, n° 16 et s.. Voir notamment, concernant l'admission de la transmission d'une amende pénale lors de la fusion-absorption : CJUE, *Modelo Contiente Hipermercados SA*, 5 mars 2015, aff. C-343/13, C. Mascala, « Droit pénal des affaires », *D.* 2015.1506. Voir pour une solution postérieure et contraire de la Cour de cassation : Crim., 25 oct. 2016, n° 16-80.366, R. Dalmau, « La société absorbante ne peut toujours être poursuivie pour les infractions commises par la société absorbée », *D.* 2016.2606. Sur les problèmes soulevés du point de vue de la personnalité des peines par toute sanction pécuniaire : B. Bouloc, *Pénologie, Exécution des sanctions, Adultes et mineurs*, *op. cit.*, n° 52.

³¹¹⁹ N. Mathey, « Principe de personnalité des peines et transmission de l'imputabilité en matière de pratiques restrictives », art. préc.. Pour un raisonnement similaire en matière de compliance : M.-A. Frison-Roche, « Compliance et personnalité », art. préc. ; M. Béhar-Touchais, « De l'entreprise comme sujet du droit des pratiques restrictive de concurrence », art. préc..

niveau constitutionnel, on pouvait cependant s'interroger sur la validité d'une telle solution.

789. La constitutionnalité et la conventionnalité de la solution. La question fut expressément posée en 2016 au Conseil constitutionnel à l'occasion d'une question prioritaire de constitutionnalité posée dans une affaire semblable à celle ayant conduit à l'arrêt du 21 janvier 2014³¹²⁰. Le Conseil conclut à la validité de la solution. Pour retenir une telle solution, il rappela qu'« Appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet »³¹²¹. Reprenant l'argumentation de la Cour de cassation concernant l'applicabilité de l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce à la société absorbante, le Conseil affirma que les dispositions contestées telles qu'interprétées « ne méconnaissent pas, compte tenu de la mutabilité des formes juridiques sous lesquelles s'exercent les activités économiques concernées, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait »³¹²². Quoique certains auteurs aient pu regretter le manque de cohérence des solutions retenues³¹²³, il faut reconnaître que les différentes raisons d'admettre une atténuation des principes pénaux appliqués hors du droit pénal se rencontrent particulièrement concernant la transmission d'une amende civile en cas de fusion-absorption de la société à l'origine des pratiques³¹²⁴.

De façon plus récente, la Cour européenne des droits de l'homme fut appelée à se prononcer sur cette même question et sur la compatibilité de la solution retenue avec l'article 6§2 de la Convention, sur laquelle la Cour fonde le principe de personnalité des peines³¹²⁵. Se plaçant dans la droite ligne de la position retenue par le Conseil constitutionnel, la Cour considéra « que cette approche fondée sur la continuité économique de l'entreprise, qui vise à prendre en compte la spécificité de la situation

³¹²⁰ CC, Décision n° 2016-542 QPC, préc., M. Béhar-Touchais, « Une amende civile peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante pour des pratiques restrictives de concurrence commises par la société absorbée », *RDC* 2016/4, p. 683 ; E. Juen, « Vers la consécration de dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc. ; D. Ferrier, « Concurrence-Distribution », *D.* 2017.881 ; L. Arcelin, « "L'adaptabilité" du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution*, 2016.338 ; H. Barbier, « La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », art. préc..

³¹²¹ CC, Décision n° 2016-542 QPC, préc., considérant n° 6.

³¹²² CC, Décision n° 2016-542 QPC, préc., considérant n° 10.

³¹²³ H. Barbier, « La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », art. préc..

³¹²⁴ *Cf supra*, n° 578.

³¹²⁵ Voir par exemple : CEDH, *Nitschke c. Suède*, 27 sept. 2007, n° 6301/05, § 52.

générée par la fusion-absorption d'une société par une autre, ne contrevient pas au principe de la personnalité des peines tel qu'il se trouve garanti par la Convention »³¹²⁶.

790. Les sanctions pécuniaires civiles et la complicité. Il peut sembler contestable d'évoquer la problématique de la complicité au sein d'un paragraphe consacré à l'imputation, dès lors que le complice, lorsqu'il est réprimé, l'est en raison d'un comportement personnel. Ces thématiques ne semblent pourtant pas totalement étrangères, la complicité étant parfois présentée comme une « criminalité d'emprunt »³¹²⁷, justifiant le caractère accessoire de la responsabilité du complice. En droit pénal, il résulte de l'article 121-7 du Code pénal que celui qui exécute positivement et intentionnellement, à l'égard de l'auteur d'une infraction pénale, un acte d'aide ou d'assistance, antérieur ou concomitant à un crime ou un délit ou qui provoque ou donne des instructions visant à la commission de l'infraction³¹²⁸ est complice. En application de l'article 121-6 du même code, le complice est puni en ce cas comme auteur de l'infraction³¹²⁹. Exception faite des cas dans lesquels la responsabilité civile est instrumentalisée afin de constituer une peine privée, la transposition d'une telle solution ne semble pouvoir s'appliquer par principe en matière de sanctions pécuniaires civiles légalement consacrées, et plus particulièrement ne semble pas pouvoir s'appliquer en matière d'amendes civiles, du moins en droit positif. En effet, l'article 121-6 du Code pénal ne concerne que les sanctions pénales *stricto sensu* et ne saurait, sans une intervention législative, s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles. Dès lors, soit l'ensemble des personnes impliquées pourront se voir imputer les différents éléments constitutifs de « l'infraction », auquel cas chaque personne pourra être poursuivie comme auteur, soit, en l'absence d'un texte particulier, la sanction ne leur sera pas applicable.

2 – Les sanctions pécuniaires civiles et la justification du comportement.

³¹²⁶ CEDH, *Carrefour France c. France*, préc., § 47.

³¹²⁷ Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 383.

³¹²⁸ Sur l'ensemble de ces conditions : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 387 et s..

³¹²⁹ Et non « comme l'auteur » du fait de la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 390.

791. Les faits justificatifs et le droit civil. Le droit pénal général admet, en certaines hypothèses, que l'auteur d'un comportement normalement réprimé échappe à une condamnation en raison d'éléments venant justifier son comportement. De tels éléments de justification se distinguent théoriquement de la force majeure en ce qu'ils supposent la « conscience de ses actes et [la] liberté de choix »³¹³⁰. Ces causes d'irresponsabilité, parfois qualifiées de faits justificatifs, se trouvent inscrites aux articles 122-4 et suivants du Code pénal³¹³¹ : autorisation de la loi ou commandement de l'autorité légitime, légitime défense et état de nécessité. En de telles hypothèses, l'acte perd son caractère infractionnel³¹³². Les sanctions pécuniaires civiles échappant par principe à l'emprise des textes régissant la répression pénale, ces causes de justification ne trouvent normalement pas à s'y appliquer³¹³³. Toutefois, on peut souligner une certaine « transposition »³¹³⁴ de ces faits en droit civil.

792. Les incertitudes. La mesure de cette transposition apparaît toutefois incertaine. La Cour de cassation a parfois admis que les faits justificatifs du droit pénal conduisent à l'irresponsabilité civile de celui qui en bénéficie, tant en matière de responsabilité pour faute, que de responsabilité objective³¹³⁵. Ces jurisprudences, relativement anciennes, ne permettent pas de clore toute incertitude³¹³⁶. Sans s'attarder dans le cadre des présents développements sur les justifications permettant d'expliquer

³¹³⁰ H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 26. La différence entre force majeure et état de nécessité soulève cependant fréquemment des difficultés.

³¹³¹ Sur les faits justificatifs spéciaux, voir par exemple : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 403.

³¹³² E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1193.

³¹³³ Ainsi que le souligne un auteur « le Code civil ne souffle mot sur la notion de fait justificatif » (F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèques de Thèses », Paris, 2009, n° 169. Voir toutefois, dans une perspective historique : J. Pélissier, « Faits justificatifs et action civile », *D.* 1963.121). On ne saurait pas exemple voir dans l'absence de condamnation pour rupture brutale du fait d'une crise conjoncturelle (voir, concernant une action indemnitaire : Com., 8 nov. 2017, n° 16-15.285, « Rupture brutale des relations commerciales : portée de la crise conjoncturelle », *D.* 2017.2552 ; D. Ferrier, « Concurrence-Distribution », *D.* 2018.865) une application d'un mécanisme similaire à l'état de nécessité prévu à l'article 122-7 du Code pénal. Simplement, le juge semble ajouter au texte légal une exigence tenant au caractère injustifié de la rupture.

³¹³⁴ Utilisant cette expression : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 169 ; Ph. Brun, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 341. Voir notamment : J. Dingome, *Le fait justificatif en droit de la responsabilité civile*, Thèse dactyl., sous la dir. de G. Viney, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, soutenue en 1986. Relativisant la similarité des notions en droit pénal et en droit civil : M. Bacache-Gibeili, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., n° 157 et s.. Voir particulièrement sur l'état de nécessité : op. cit., n° 158.

³¹³⁵ Pour une admission expresse de la prise en compte de l'autorisation de la loi tirée de l'article 73 du Code de procédure pénale en matière de responsabilité pour faute et de responsabilité du fait des choses : Civ. 2^{ème}, 10 juin 1970, n° 69-10.153, G. Durry, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 1971.139, spéc. p. 146, n° 6. Concernant la censure, en raison d'un cas de légitime défense, de la décision d'appel ayant admis la responsabilité du fait des choses consécutivement à un coup de feu : Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, n° 90-14.586, P. Jourdain, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 1992.766, spéc. p. 768, n° 2. Voir également : Pau, 10 sept. 2009, n° 08/00559, T. Potaszkin, « Affaire de l'ourse Cannelle : action civile et état de nécessité », *D.* 2010.484 ; H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 15 et 16.

³¹³⁶ H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 3.

de façon autonome l'absence de responsabilité civile en présence d'un fait justificatif³¹³⁷, on peut remarquer que certains auteurs plaident pour une limitation des effets des faits justificatifs en droit civil, autrement dit pour le maintien, dans certaines hypothèses, de la responsabilité civile en présence de faits justificatifs pénaux. Tel est d'abord le cas en présence d'une responsabilité objective. Il a logiquement été souligné que l'exonération de la responsabilité civile en présence d'un fait justificatif était contradictoire avec l'explication la plus répandue du mécanisme, à savoir la neutralisation de l'élément légal de l'infraction³¹³⁸ : alors que cette neutralisation peut expliquer l'absence de faute civile³¹³⁹, elle ne devrait, par exemple, pas empêcher de caractériser un cas de responsabilité du fait des choses, au moins lorsque le fait justificatif est l'état de nécessité³¹⁴⁰. Il conviendrait autrement de reconnaître que l'idée de faute n'est pas absente de la responsabilité objective ou que les faits justificatifs sont une cause générale d'irresponsabilité³¹⁴¹.

Enfin, on peut remarquer que les différents projets de réforme du droit de la responsabilité civile ne procèdent pas à de telles distinctions : tant l'avant de projet de réforme sous la direction de Pierre CATALA³¹⁴², le projet réalisé sous la direction de Monsieur TERRÉ³¹⁴³ que le projet de réforme du droit de la responsabilité civile réalisé par le bureau du droit des obligations de la Chancellerie³¹⁴⁴ prévoient ainsi une exclusion de la responsabilité civile en présence de faits justificatifs.

793. Une transposition naturelle aux sanctions pécuniaires civiles.

Pleinement effectifs dans le champ de la responsabilité pénale, quasi-unanimement souhaités au sein de la responsabilité civile, les faits justificatifs des articles 122-4 et

³¹³⁷ H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 18 et s.. Concernant la responsabilité pour faute et l'absence d'écart avec le comportement d'un individu normalement diligent : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 170.

³¹³⁸ Cf *infra*, note n° 3146.

³¹³⁹ H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 20 ; E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1194.

³¹⁴⁰ E. Dreyer, *Droit pénal général*, n° 1195. L'auteur démontre en effet qu'en présence d'une autorisation de la loi ou d'un commandement de l'autorité légitime, le dommage était licite, entraînant l'absence de responsabilité de l'auteur. En cas de légitime défense, c'est cette fois la faute de la victime qui semble écarter son droit à indemnisation. H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 29 et n°33 sur la légitime défense vraisemblable. M. Danti-Juan, « État de nécessité », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 (actualisation oct. 2019), n° 55 et s.. Voir par ailleurs les nombreuses références citées par : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., note n° 1295.

³¹⁴¹ P. Jourdain, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 1992.766, art. préc.. En cas de rattachement des faits justificatifs aux conditions de l'imputation : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 171.

³¹⁴² Art.1352, al. 3.

³¹⁴³ Art. 45.

³¹⁴⁴ Art. 1257.

suisant du Code pénal paraissent naturellement appelés à s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles. On pourrait certes objecter qu'alors que l'exclusion des sanctions pécuniaires civiles du champ de la responsabilité pénale est expresse, l'inclusion de ces sanctions dans le domaine de la responsabilité civile est contestable³¹⁴⁵, si bien que l'admission des faits justificatifs au sein de la responsabilité civile n'impliquerait pas de façon nécessaire que ces faits doivent s'appliquer aux sanctions pécuniaires civiles. Toutefois, quelles que soient les raisons justifiant l'effet produit par les faits justificatifs, aucune ne semble s'opposer sérieusement à leur consécration en matière de sanctions pécuniaires civiles.

Une analyse classique consiste à affirmer que les faits justificatifs neutraliseraient l'élément légal de l'infraction³¹⁴⁶. De façon plus profonde, une telle solution serait justifiée par un arbitrage des valeurs et intérêts en présence, arbitrage réalisé par le législateur³¹⁴⁷. Or, dès lors que les différents faits justificatifs permettent la préservation d'intérêts suffisamment importants, ou d'une prise en compte jugée suffisamment utile des intérêts sociaux³¹⁴⁸ pour justifier la mise à l'écart de mesures pénales, supposées protéger les valeurs fondamentales de la société, comment ne pas arbitrer dans le même sens en matière de sanctions pécuniaires civiles ?

Une autre explication de l'effet exonératoire des faits justificatifs tient à la suppression de l'élément injuste de l'infraction : ils démontreraient l'absence d'atteinte à l'intérêt général³¹⁴⁹. Loin de justifier une mise à l'écart des faits justificatifs en présence de sanctions pécuniaires civiles, une telle analyse rendrait plus pertinente la transposition de ces faits aux mécanismes étudiés qu'à la responsabilité civile dans sa forme classique.

De même, à retenir une vision subjective des faits justificatifs comme affectant un élément « d'imputation à l'agent », il faut alors considérer que c'est « l'état d'esprit

³¹⁴⁵ Cf *supra*, n° 330.

³¹⁴⁶ H. Roudi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc., n° 9. *Contra* : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 99. Certains auteurs (P. Jourdain, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 1992.766, préc.) ont par ailleurs remarqué que la prise en compte des faits justificatifs en matière de responsabilité objective tend à en faire davantage des causes générales d'irresponsabilité que la neutralisation de l'élément légal de l'infraction. De façon proche, certains auteurs ont proposé de voir dans les faits justificatifs une définition négative de l'infraction. Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 400 ; B. Bouloc, *Droit pénal général*, op. cit. n° 410. Voir cependant : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 110 et s..

³¹⁴⁷ E. Dreyer, *Droit pénal général*, op. cit., n° 1191 et 1192.

³¹⁴⁸ La valeur justifiant la violation de la norme n'étant pas identifiée, il a été fait état d'un « processus de valorisation » plutôt que d'une « valeur qualifiée » : Y. Mayaud, *Droit pénal général*, op. cit., n° 404.

³¹⁴⁹ J.-H. Robert, *Droit pénal général*, op. cit., p. 250. Voir cependant, F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 129 et s.. Voir par ailleurs, pour un exposé et un rejet des faits justificatifs comme neutralisant l'élément matériel : F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, op. cit., n° 113 et s..

moral, c'est-à-dire conforme à l'intérêt social »³¹⁵⁰, de l'agent qui justifie l'absence de répression. Là encore, si l'explication doit conduire à retenir l'irresponsabilité civile de l'auteur du comportement, elle justifierait *a fortiori* la neutralisation de sanctions pécuniaires civiles.

De façon générale, on peut remarquer que les différentes propositions de limitation des effets des faits justificatifs en matière de responsabilité civile ne concernent pas les sanctions pécuniaires civiles : nécessairement prononcées en présence d'une faute, elles ne poursuivent pas, au moins principalement, une fonction indemnitaire, justifiant sans doute une transposition pure et simple des faits justificatifs du droit pénal³¹⁵¹.

§II – Le constat des éléments entraînant le prononcé de sanctions pécuniaires civiles.

794. Tant le droit constitutionnel que le droit issu de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrent, outre des garanties substantielles, des garanties procédurales visant à protéger la personne visée par une accusation pouvant déboucher sur le prononcé d'une mesure répressive³¹⁵². La majorité de ces principes ne semble pas soulever de difficultés spécifiques aux sanctions pécuniaires civiles, dès lors que celles-ci sont prononcées par des juridictions dont rien ne laisse *a priori* penser qu'elles ne répondent pas à l'essentiel de ces

³¹⁵⁰ F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 165.

³¹⁵¹ F. Rousseau, *L'imputation de la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 169. Concernant le cas particulier de la légitime défense, on peut noter que celle-ci, même en cas de développement du champ d'application des sanctions pécuniaires civiles, ne trouvera sans doute jamais à s'y appliquer. En effet, les comportements envisagés au titre de la légitime défense concernent tous des atteintes volontaires à la vie ou à l'intégrité physique d'autrui, d'atteintes volontaires aux biens ou de blessures à des animaux (R. Bernardini, « Légitime défense », *in Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 [actualisation févr. 2018], n° 76), autant de faits qui semblent inscrit au cœur même du droit pénal. L'impossibilité d'appliquer ce fait justificatif se révélerait toutefois purement pratique.

³¹⁵² Au sujet de la soumission des mesures répressives extra-pénales à ces principes, voir par exemple : M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc.. Concernant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, les articles 6§2 et §3 concernent spécifiquement la situation de la personne accusée. Toutefois, l'article 6§1, plus général, s'y applique également. Concernant le Conseil constitutionnel, celui-ci consacre, y compris en matière de sanctions ayant le caractère d'une punition, la nécessité de faire bénéficier l'accusé de règles visant à garantir le respect des droits de la défense : CC, Décision n° 89-260 DC, préc.. Voir par ailleurs pour l'ancienne autorité des marchés financiers : A. de Chaisemartin, « Les enseignements du contrôle juridictionnel sur les procédures de sanction des autorités de marché », *Justice et cassation* 2005, Dossier : les sanctions, n° 23 et s..

exigences³¹⁵³. Toute difficulté ne saurait pourtant être écartée, que ce soit au sujet des règles garantissant le respect des droits de la défense (A) ou de celles encadrant la preuve des éléments constitutifs (B).

A – Les règles garantissant le respect des droits de la défense.

795. Alors que les règles visant à assurer de façon générale le respect des droits de la défense ne soulèvent dans l'ensemble que peu de difficultés spécifiques au prononcé des sanctions pécuniaires civiles (1), il convient en revanche de constater que les règles régissant les recours contre une décision prononçant une telle sanction (2) sont, pour l'heure, particulièrement obscures.

1 – Les règles générales garantissant le respect des droits de la défense.

796. À de nombreux égards, les différents droits visant à assurer la protection de la personne accusée et la qualité de la décision ne semblent pas soulever de difficultés spécifiques aux sanctions pécuniaires civiles. En particulier et en dépit de l'implication fréquente du ministère public dans le prononcé des sanctions pécuniaires civiles³¹⁵⁴, son rôle en la matière ne paraît pas avoir engendré de contentieux sur le

³¹⁵³ Voir sur ce point : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 212 et 213. Concernant le respect des règles du procès équitable par le juge administratif : P. Wachsmann, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.* 2016.473. On peut incidemment remarquer que la majorité des questions posées sur le respect du procès équitable concernant l'ancien article L. 442-6 du Code de commerce concernait la question des demandes de nullité, de cessation et de restitution à l'initiative des pouvoirs publics : M. Béhar-Touchais, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *art. préc.* ; « Le ministre et le grand distributeur devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais toujours sans les fournisseurs », *RLC* 2012/31 ; M. Malaurie-Vignal, « L'action du Ministre fondée sur l'article L. 442-6 du Code de commerce est autonome », *art. préc.* ; D. de Béchillon, Ch. Jamin, « La Convention européenne des droits de l'Homme au supermarché », *art. préc.* ; A. Penneau, « L'article L. 442-6, III, du Code de commerce en question », *art. préc.*. Concernant le caractère public et le caractère rapide de la procédure : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 580 et s.. Plus spécifiquement sur la publicité des débats en matière de sanction administratives : n° 589. Sur la justification spécifique de l'exigence de publicité des débats par la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, *Werner c. Autriche*, 24 nov. 1997, n° 21835/93, § 45 : « La Cour rappelle que la publicité des débats judiciaires constitue un principe fondamental consacré par l'article 6§1. Ladite publicité protège les justiciables contre une justice secrète échappant au contrôle du public ; elle constitue aussi l'un des moyens de contribuer à préserver la confiance dans les cours et tribunaux. Par la transparence qu'elle donne à l'administration de la justice, elle aide à atteindre le but de l'article 6§1 : le procès équitable ». Sur la publicité des jugements : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 596.

³¹⁵⁴ Cf *supra*, n° 708.

terrain de l'égalité des armes³¹⁵⁵. En effet, le ministère public ne participe notamment pas au délibéré et ne se voit pas communiquer d'informations privilégiées à l'occasion du prononcé des sanctions pécuniaires civiles³¹⁵⁶.

Ce sont alors d'autres aspects des droits procéduraux qui interrogent. D'une part, au sujet des différentes garanties qui se rattachent au droit au procès équitable, la Cour consacre « le droit fondamental au caractère contradictoire de la procédure pénale »³¹⁵⁷ mais aussi civile³¹⁵⁸. Le Conseil constitutionnel considère pour sa part le contradictoire comme un corollaire des droits de la défense³¹⁵⁹, droits dont il affirme par ailleurs qu'ils constituent « un droit fondamental à caractère constitutionnel »³¹⁶⁰. Ce principe s'impose non seulement entre les parties à la procédure mais aussi vis-à-vis du juge³¹⁶¹. D'autre part, la Cour européenne des droits de l'homme consacre, à l'égard des juges, un « devoir de motivation », au moins concernant les « questions essentielles de la cause »³¹⁶². C'est alors tant sous l'angle du respect du contradictoire (a) que de la motivation de la déclaration de culpabilité (b) qu'il convient d'envisager

³¹⁵⁵ Sur le respect du principe de l'égalité des armes en matière de pratiques restrictives de concurrence, voir notamment : Ch. Caron, G. Decocq, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E* 2007, 2303, n° 9. Sur l'application du principe de l'égalité des armes au ministère public : CEDH, *Borgers c. Belgique*, 30 oct. 1991, n° 12005/86, § 26 : « son opinion ne saurait passer pour neutre du point de vue des parties à l'instance en cassation : en recommandant l'admission ou le rejet du pourvoi d'un accusé, le magistrat du ministère public en devient l'allié ou l'adversaire objectif. Dans la seconde hypothèse, l'article 6 par. 1 impose le respect des droits de la défense et du principe de l'égalité des armes ». Cette application vaut aussi bien en matière pénale que civile. Voir antérieurement : CEDH, *Delcourt c. Belgique*, préc., § 35 : « Quant à l'indépendance et à l'impartialité de la Cour de cassation elle-même, elles ne sauraient elles non plus souffrir de la présence d'un membre du parquet au délibéré puisque, comme on l'a vu, le procureur général lui aussi est indépendant et impartial ». Voir sur cette question : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 260.

³¹⁵⁶ Sur ces différents cas de condamnation pour non-respect du principe de l'égalité des armes par le ministère public : F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., n° 261 à 263 ; A. Fitte-Duval, « La théorie des apparences, nouveau paradigme de l'action publique ? », art. préc.. Sur la participation au délibéré, voir : CEDH, *Borgers c. Belgique*, préc.. Voir plus particulièrement, sur la position des juridictions nationales : Ass. plén., 5 févr. 1999, n° 97-16.441, « Le rapporteur de la COB, chargé de l'instruction, ne peut participer au délibéré », *D.* 1999.249 ; Com., 5 oct. 1999, n° 97-15.617, « Présence des rapporteurs au délibéré du Conseil de la Concurrence et absence de publicité des débats », *D.* 1999.44 ; M.-L. Niboyet, « La présence des rapporteurs au délibéré du conseil de la concurrence est jugée contraire à l'article 6-1 de la convention EDH mais non le défaut de publicité des débats », *D.* 2000.9 ; Y. Mayaud, « Le droit pénal instrument de la régulation de l'activité économique et financière », art. préc., p. 642. Sur la communication d'informations déséquilibrées en faveur de l'avocat général : CEDH, *Reinhardt et Sliman-Kaid c/ France*, 31 mars 1998, n° 23043/93 et 22921/93, § 105 et 106, « Le rapport du conseiller rapporteur à la Cour de cassation et les conclusions de l'avocat général près cette cour doivent être communiqués au requérant », *D.* 1999.281 ; J.-F. Flauss, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1998.984 ; L.-E. Pettiti, « Procès équitable devant la Cour de cassation : communication du rapport et des conclusions de l'avocat général », *RSC* 1998.599.

³¹⁵⁷ CEDH, *Brandstetter c. Autriche*, 28 août 1991, n° 11170/84, 12876/87 et 13468/87, § 66.

³¹⁵⁸ Voir par exemple : CEDH, *Cliniques des Acacias et autres c. France*, 13 oct. 2005, n° 65399/01, 65405/01, 65407/01 et 65407/01. Voir également, en droit communautaire : CJCE, *France aviation c. Commission*, 9 nov. 1995, T-246/94.

³¹⁵⁹ CC, Décision n° 89-268 DC, 29 déc. 1989, considérant n° 58.

³¹⁶⁰ CC, Décision n° 93-325 DC, préc., considérant n° 84.

³¹⁶¹ CEDH, *Cliniques des Acacias et autres c. France*, préc..

³¹⁶² CEDH, *Segame SA c. France*, 7 juin 2012, n° 4837/06, § 62. Voir sur la consécration constitutionnelle de l'obligation de motivation : S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, op. cit., n° 622.

le respect des droits procéduraux fondamentaux à l'occasion des sanctions pécuniaires civiles.

a – Le respect du contradictoire.

797. Les difficultés liées aux amendes civiles pour procédure abusive. Le principe du contradictoire implique, pour une partie, « la faculté de prendre connaissance des observations ou pièces produites par l'autre, ainsi que de les discuter »³¹⁶³. On pourrait penser que le respect du principe du contradictoire ne soulève pas, en matière de sanctions pécuniaires civiles, de difficulté : véritable « principe de droit naturel », le contradictoire irrigue tant la procédure pénale que civile³¹⁶⁴. La jurisprudence des juridictions nationales relatives aux amendes civiles prononcées en raison d'un abus du droit d'agir en justice ne peut dès lors que surprendre. De façon ancienne, le Conseil d'État affirma que l'amende civile prononcée par la Cour de cassation en présence d'un pourvoi abusif est « instituée dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, [et] présente le caractère d'une mesure d'ordre public que le juge de cassation peut prononcer d'office, *sans être astreint aux exigences d'une procédure contradictoire, en fonction des pièces du dossier de cassation qui lui est soumis* »³¹⁶⁵ (nous soulignons). Peu claire quant aux raisons de mettre à l'écart le principe du contradictoire, cette décision trouva toutefois un écho dans la jurisprudence judiciaire. Par une décision remarquable du 3 septembre 2015, la deuxième chambre civile de la Cour de cassation affirma en effet que l'amende civile édictée par l'article 32-1 du Code de procédure civile « constitue une mesure de procédure civile qui peut être prononcée d'office par le juge [...] *sans être astreint aux exigences d'une procédure contradictoire* »³¹⁶⁶ (nous soulignons). Là encore, la motivation semble peu explicite.

798. La contestation de l'exclusion du principe du contradictoire. On pourrait tout d'abord être tenté de considérer que dans la mesure où le juge a été amené à se prononcer sur l'affaire, la discussion des parties sur leurs prétentions impliquaient,

³¹⁶³ CEDH, *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993, n° 12952/87, § 63 ; CEDH, *McMichaël c. Royaume-Uni*, 24 févr. 1995, n° 16424/90, § 80.

³¹⁶⁴ S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 639.

³¹⁶⁵ CE, Ass., 5 juill. 1985, préc.. Voir *supra*, note n° 174.

³¹⁶⁶ Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-11.676, préc.. Voir également, sur l'amende civile anciennement édictée à l'article 353, devenu 348, du Code de procédure civile : Civ., 2^{ème}, 7 juin 2018, n° 17-16.521.

implicitement, une discussion sur le caractère abusif ou dilatoire de l'action. Une telle lecture serait particulièrement compatible avec l'affirmation du Conseil d'État selon laquelle la Cour de cassation statue « en fonction des pièces du dossier de cassation qui lui est soumis »³¹⁶⁷. Cette conception ne serait toutefois pas admissible. Outre qu'elle contredit l'affirmation du Conseil d'État et de la Cour de cassation selon laquelle le prononcé des amendes pour procédure abusive n'est pas soumis au principe du contradictoire, on ne saurait négliger le fait que même en présence d'une demande apparemment fantaisiste, certains éléments pourraient être produits par la partie pour spécifiquement justifier l'absence d'intention de nuire, voire de légèreté, ainsi que l'absence d'intention dilatoire.

On pourrait ensuite comprendre que cette solution résulte d'un refus du Conseil d'État et de la Cour de cassation de qualifier la mesure de sanction ayant le caractère d'une punition ou de l'inclure au sein de la matière pénale. Une telle lecture semble d'autant plus probable que le rapporteur public en charge des conclusions rendues pour l'arrêt du 24 avril 2019³¹⁶⁸ affirmait que la qualification de sanctions ayant le caractère d'une punition devrait entraîner une inflexion de la jurisprudence du Conseil d'État par laquelle la haute juridiction dispensait ces mesures du respect du principe du contradictoire³¹⁶⁹. Sans revenir sur ce que ce raisonnement peu avoir de contestable³¹⁷⁰, on soulignera toutefois ce qu'il a d'insuffisant : l'obligation de motivation n'est, en effet, pas limitée à la matière pénale mais est également consacrée en matière disciplinaire³¹⁷¹ ou civile³¹⁷².

L'explication est-elle alors à rechercher dans l'emploi de l'expression « mesure de procédure civile » ? Faut-il faire sur ce point un parallèle avec les mesures d'administration judiciaire dont on sait, par exemple, qu'elles échappent à toute obligation de motivation ?³¹⁷³. Une telle assimilation paraîtrait infiniment critiquable : le régime spécifique des mesures d'administration judiciaire tient à ce que celles-ci ne constituent pas un jugement. Rien de tel concernant les amendes civiles pour procédures abusives dont rien ne semble finalement justifier de façon satisfaisante

³¹⁶⁷ Cf *supra*, note n° 3165.

³¹⁶⁸ CE, 24 avr. 2019, préc..

³¹⁶⁹ L. Dutheillet de Lamothe, « L'introuvable nature des amendes pour recours abusif », art. préc.. Voir toutefois, sur les inflexions du procès équitable hors du droit pénal au sens strict : *supra*, n° 570.

³¹⁷⁰ Cf *supra*, n° 539 et 561.

³¹⁷¹ Civ. 1^{re}, 4 févr. 2003, n° 99-17.010, note E. Du Rusquec, *GP* 2003/24, p. 24.

³¹⁷² Cf *supra*, note n° 2230 *in fine*.

³¹⁷³ S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali., *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, *op. cit.*, n° 623.

qu'elles échappent au principe du contradictoire. Il convient d'ailleurs de remarquer que le principe est davantage respecté dans le cadre du prononcé des amendes civiles de procédures pénales. En effet, celles-ci ne peuvent être prononcées qu'à l'expiration d'un délai de 20 jours à compter de la communication à la partie civile et à son avocat des réquisitions du Procureur tendant au prononcé de cette sanction « afin de permettre à l'intéressé d'adresser des observations écrites au juge d'instruction »³¹⁷⁴. En dépit de l'affirmation par la Chambre criminelle de la Cour de cassation selon laquelle « contrairement à ce qui est soutenu, l'article 177-2, alinéa 2 du Code de procédure pénale, [...] n'exige pas que cette condamnation soit précédée d'un débat contradictoire »³¹⁷⁵, une telle exigence semble, bien davantage que la solution retenue en procédure civile, permettre à la partie visée par l'amende de faire valoir ses arguments pour justifier l'absence de caractère abusif ou dilatoire de la procédure³¹⁷⁶.

b – La motivation de la déclaration de culpabilité.

799. Le respect global de l'exigence de motivation. Les difficultés soulevées par la motivation des décisions en matière de sanctions pécuniaires civiles semblent nettement plus anecdotiques que celles relevant du principe du contradictoire. Les différents projets de réforme, ainsi que la doctrine favorable à l'introduction de dommages et intérêts punitifs en droit français, semblent ainsi quasi-unanimes sur l'importance d'admettre une motivation du recours à cette sanction, sans doute en partie pour compenser l'imprécision des textes proposés³¹⁷⁷. Une telle exigence semble globalement remplie concernant les amendes civiles existantes. Certains textes exigent expressément que la décision prononçant une amende civile soit motivée³¹⁷⁸. Même

³¹⁷⁴ CPP, art. 177-2, 212-2,

³¹⁷⁵ Crim., 9 nov. 2004, n° 04-81.068, note Y. Monnet, *GP* 2005/116, p. 15. Pour autant, la chambre criminelle se montre intransigente sur le respect de l'obligation de communication des conclusions et des délais imposés par l'article : Crim., 9 janv. 2007, n° 06-84.064, J. Daleau, « Le contrôle du respect de la procédure relative au prononcé de l'amende civile », *Dalloz actualité*, 5 mars 2007. Voir sur l'exigence de contradictoire concernant les amendes civiles de procédure pénale : F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer, *Traité de Procédure pénale*, Economica, Paris, 4^{ème} éd., 2015, n° 1435.

³¹⁷⁶ La rédaction de l'article 392-1 alinéa 4 du Code de procédure pénale paraît encore plus exigeante : « Les réquisitions du procureur de la République doivent intervenir avant la clôture des débats, après les plaidoiries de la défense, et la partie civile ou son avocat doivent avoir été mis en mesure d'y répliquer ».

³¹⁷⁷ L'article 1371 de l'avant-projet rédigé sous la direction de Pierre CATALA mentionnait ainsi une décision « spécialement motivée ». Il en va de même concernant l'amende civile envisagée par l'article 1266-1 du projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Voir par exemple en doctrine : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 317.

³¹⁷⁸ Voir par exemple : CPP, art. 177-2, 212-2.

lorsque tel n'est pas le cas, la Cour de cassation semble imposer un véritable devoir de motivation aux juges prononçant l'amende³¹⁷⁹.

800. Les éléments de difficultés. Deux éléments complexifient cependant cette présentation. D'une part, en matière d'amende civile prononcée dans le cadre d'une procédure pénale, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a rejeté l'obligation de motivation spéciale alléguée par le demandeur au pourvoi³¹⁸⁰. La motivation en cause ne portait toutefois pas sur le principe de l'amende, mais sur son montant, question sur laquelle il convient de renvoyer à des développements ultérieurs³¹⁸¹.

D'autre part, et surtout, un texte au moins édicte une amende civile obligatoire. L'article 673 du Code de procédure pénale dispose ainsi : « Toute ordonnance rejetant une demande de récusation prononce la condamnation du demandeur à une amende civile de 75 à 750 euros ». Une telle sanction fait *a priori* figure de peine obligatoire, dont on sait qu'elle est, par principe, prohibée³¹⁸². Outre qu'une telle interdiction souffre certaines inflexions, on peut envisager, tant au regard des comportements sanctionnés que de son montant relativement faible, que l'amende civile édictée par l'article 673 du Code de procédure pénale échappe tant à la matière pénale qu'à la qualification de sanction ayant le caractère d'une punition³¹⁸³. Reste cependant que, dès lors qu'elle découle nécessairement du rejet de la demande, une telle amende n'aura pas à être motivée dans son principe.

2 – Les recours contre la décision de condamnation.

³¹⁷⁹ Voir par exemple en matière d'amende pour exercice abusif de l'action : Civ. 2^{ème}, 9 janv. 2020, n° 18-12.225 ; Soc., 20 mars 2019, n° 17-26.999 ; Soc., 7 juill. 2016, n° 15-10.574 ; Soc., 6 juill. 2016, n° 15-18.428 ; Civ. 2^{ème}, 7 janv. 2016, n° 14-28.299 ; Civ. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-16.877 ; Civ. 2^{ème}, 25 févr. 2010, n° 09-13.810 ; Civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009, n° 08-18.397 ; Soc. 29 sept. 2009, n° 08-43.997 ; Soc., 16 sept. 2009, n° 08-40.939 ; Civ. 2^{ème}, 8 févr. 2007, n° 05-22.113. Voir également C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil, op. cit.*, n° 147. Les décisions de censures sont tantôt prononcées pour manque de base légale, lorsque les juges du fond ne se sont pas attachés à caractériser les éléments justifiant le caractère abusif ou dilatoire de la procédure, ou pour violation de la loi lorsque les éléments retenus ne sont pas de nature à justifier un tel abus ou une intention dilatoire. On peut toutefois regretter que la Cour de cassation ne respecte pas toujours elle-même ces obligations : Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 97-04.009 ; Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, n° 87-19.526.

³¹⁸⁰ Crim, 27 févr. 2002, préc., A. Giudicelli, « La chambre de l'instruction n'est pas tenue de motiver spécialement le montant de l'amende civile, dont le prononcé n'entre pas dans les prévisions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », art. préc..

³¹⁸¹ Cf *infra*, n° 819.

³¹⁸² Pour une synthèse de la position du Conseil constitutionnel, voir par exemple : B. de Lamy, « Les peines obligatoires et le principe de l'individualisation des peines », RSC 2011.182.

³¹⁸³ Cf *supra*, n° 534 et s..

801. Une question délaissée. La question des recours pouvant être exercés à l'encontre d'une décision prononçant une sanction pécuniaire civile semble relativement peu traitée³¹⁸⁴. Un tel constat ne saurait réellement surprendre. Concernant les utilisations officieuses de la responsabilité civile à des fins répressives³¹⁸⁵, les règles régissant les recours s'appliquent selon le droit commun. De même, les cas se rapprochant d'une consécration légale de dommages et intérêts punitifs n'appellent pas de remarques particulières sur ce terrain³¹⁸⁶. La situation des amendes civiles semble, en revanche, plus complexe.

802. L'appel des amendes civiles. Ainsi que l'affirmait déjà un auteur, « il convient de reconnaître [...] que l'ensemble du problème des voies de recours en cas de prononcé d'une condamnation à une amende civile par une juridiction de droit privé demeure très flou. Cela est dû d'abord à l'absence de toute réglementation en la matière »³¹⁸⁷, à l'exception de certains textes isolés³¹⁸⁸. En dépit de cette incertitude, la jurisprudence a clairement affirmé que « la condamnation d'une partie à l'amende prévue par l'article 32-1 du Code de procédure civile étant étrangère à la partie adverse qui n'en profite pas, ne saurait donner ouverture contre celle-ci à un appel »³¹⁸⁹ sur le seul terrain de l'amende civile. Il ne faut pourtant pas en conclure que cette amende est insusceptible d'appel : un tel appel est normalement possible à l'encontre du ministère public³¹⁹⁰. À la différence de l'appel exercé par le condamné en matière pénale, l'appel interjeté à l'encontre du prononcé d'une amende civile n'interdit pas, par principe, à la juridiction saisie, d'aggraver la condamnation³¹⁹¹.

³¹⁸⁴ À l'inverse, la question s'est posée en matière de sanctions administratives. Voir par exemple : O. Flécheux, « Libre concurrence et garantie d'un procès équitable », *GP* 1999/336, p. 2. Voir cependant, sur les conséquences de l'appel en matière d'astreinte : *supra*, n° 297.

³¹⁸⁵ *Cf supra*, n° 214 et s..

³¹⁸⁶ *Cf supra*, n° 287.

³¹⁸⁷ P. Julien, « Procédure civile et voies d'exécution », préc., commentant un arrêt de la cour d'appel de Reims du 25 juin 1981.

³¹⁸⁸ CPP, art. 177-2.

³¹⁸⁹ *Ibid.*

³¹⁹⁰ P. Julien, « Procédure civile et voies d'exécution », art. préc..

³¹⁹¹ Crim., 27 nov. 2002, n° 01-88.706, Ph. Belloir, « Chambre de l'instruction », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 (actualisation déc. 2019), n° 132. Pour approuver une chambre de l'instruction ayant aggravé le montant de l'amende civile prononcée par le juge d'instruction, la chambre criminelle affirma : « dès lors qu'aucun texte ne limite en raison de l'effet dévolutif de l'appel les pouvoirs de la juridiction d'instruction du second degré, la chambre de l'instruction a fait l'exacte application de l'article 177-2 du Code de procédure pénale ». La solution se comprend certes particulièrement bien au sujet d'une amende visant à réprimer les procédures abusives. La motivation de l'arrêt est cependant plus large et semble avoir, par principe, vocation à s'appliquer à toute amende civile.

Cette voie de recours est-elle soumise aux règles régissant le taux de ressort de l'appel civil³¹⁹² ? Les décisions sur ce point semblent peu nombreuses. Il faut toutefois reconnaître que plusieurs éléments jouent en faveur du rejet de ces règles. Ainsi le principe de l'appel contre les amendes civiles pour procédure abusive ou contre celles applicables aux officiers d'état civil semble admis³¹⁹³ alors même que leur montant maximum a parfois été inférieur au taux de ressort de l'appel³¹⁹⁴.

L'absence globale de développements sur cette question invite toutefois à la prudence. À supposer alors, qu'en certains cas, les amendes civiles soient soumises aux règles civiles régissant le ressort de l'appel, le taux pris en considération est-il celui de l'amende prononcée, requise ou de l'amende encourue ? Par principe, en procédure civile, la valeur prise en considération pour déterminer si une décision est susceptible d'appel est celle de la demande, autrement dit l'amende requise³¹⁹⁵. Aisément transposable aux dommages et intérêts punitifs, une telle règle ne s'applique pas sans difficulté aux amendes civiles, ne serait-ce que dans la mesure où certaines sont prononcées à l'initiative du juge. Un raisonnement par analogie avec certaines solutions retenues serait certes possible : en cas de demande d'un montant indéterminé, l'appel est par principe admis³¹⁹⁶. On pourrait dès lors, en l'absence de demande, admettre une solution spécifique aux hypothèses dans lesquelles le juge prononce une amende civile de sa propre initiative. Toutefois, de façon plus générale, la raison de la prise en considération, pour déterminer le taux de ressort de l'appel civil, du montant de la demande et non de la condamnation, à savoir empêcher le juge de « modifier à son gré le taux de ressort »³¹⁹⁷, semble, en matière d'amendes civiles, justifier une prise en considération de la sanction encourue dès lors que les amendes civiles sont

³¹⁹² Antérieurement au 1^{er} janvier 2020 voir : COJ, art. R. 211-3. Voir depuis : COJ, art. R. 211-3-34 fixant le taux de l'appel à 5 000 euros.

³¹⁹³ Pour ces dernières : F. Ferrand, « Appel », in *Répertoire de procédure civile*, préc., n° 85. L'auteur cite un arrêt de la chambre criminelle du 23 novembre 1950 pour illustrer la recevabilité de l'appel dirigé contre une amende civile infligée à un officier d'état civil. Il faut reconnaître qu'à la lecture de cette décision (Crim., 23 no v. 1950, D. 1951, jurispr. 24) la Cour ne discute pas de la question du taux de l'appel pour admettre la recevabilité de celui-ci si bien qu'on pourrait conclure à la possibilité d'interjeter appel des condamnations prononçant des amendes civiles quel que soit leur montant. L'affaire en question présentait toutefois plusieurs particularités : l'appel avait été interjeté par le procureur général près la cour d'appel après qu'un tribunal correctionnel a statué en méconnaissance des règles de compétence en premier ressort.

³¹⁹⁴ Tel est encore le cas des amendes édictées par les articles 50 et 63 du Code civil. Tel était également le cas jusqu'au 11 mai 2017 de l'amende édictée par l'article 32-1 du Code de procédure civile, les taux de ressort de l'appel successivement édictés par l'article R. 311-2 du Code de l'organisation judiciaire, puis R. 211-3 du même code lui ayant été systématiquement supérieurs.

³¹⁹⁵ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 1482.

³¹⁹⁶ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 1483 et s..

³¹⁹⁷ C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, op. cit., n° 1482.

normalement demandées par le ministère public ou par d'autres autorités de poursuites publiques. À défaut d'une prise en considération du montant de l'amende encourue, on pourrait autrement craindre, au moins en apparence, que ces autorités ne cantonnent leurs demandes juste en dessous du taux de l'appel³¹⁹⁸. Une telle solution différerait alors en partie des solutions retenues en droit pénal³¹⁹⁹. On admettra en tout cas qu'une disposition expresse serait, en la matière, bienvenue³²⁰⁰.

803. Les situations spécifiques de certaines amendes civiles. La situation de certaines amendes civiles, du point de vue des recours, apparaît spécifique. Il semble ainsi évident que l'amende pour exercice abusif de l'appel édictée à l'article 559 du Code de procédure civile et, *a fortiori*, l'amende pour exercice abusif d'un pourvoi en cassation édictée à l'article 628 du Code de procédure civile, ne peuvent donner lieu à un appel³²⁰¹. Dans le premier cas, l'amende civile ne pourra être contestée qu'à l'occasion d'un pourvoi en cassation dirigé contre l'arrêt d'appel. Dans le second cas aucun recours ne sera possible. La situation d'autres amendes civiles interpelle cependant davantage. Ainsi, l'article 1216 du Code de procédure civile, qui détermine le montant des amendes civiles encourues par les tuteurs en vertu des articles 411-1 et 417 du Code civil³²⁰² précise en outre que « la décision qui la prononce n'est pas susceptible de recours »³²⁰³.

804. La conventionnalité des exceptions. La situation de ces différentes amendes civiles peut interroger. En effet, outre le droit à un recours effectif en cas de

³¹⁹⁸ Le raisonnement se tient évidemment sur le terrain de l'apparence. Tout laisse à penser que le ministère public ou les autres autorités de poursuites font une utilisation parfaitement loyale des voies de droit mises à leur disposition. La simple possibilité laissée à une autorité publique de moduler par son habileté les garanties de la personne soumise à la réflexion doit toutefois susciter la prudence.

³¹⁹⁹ Ainsi, en matière de contravention, la question de l'appel est réglée par l'article 546 du Code de procédure pénale. Alors que l'appel des contraventions de cinquième classe est toujours possible, pour les autres contraventions, l'appel n'est en principe possible que si la condamnation prononcée excède 150 euros. F. Agostini, « Compétence », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2005 (actualisation déc. 2019), n° 302.

³²⁰⁰ Une question plus complexe encore peut se poser : quelle solution retenir dans l'hypothèse où la demande initiale est d'un montant inférieur au taux du ressort, mais que le prononcé d'une amende civile conduit à dépasser ce taux ? Il convient sans doute d'appliquer les principes édictés aux articles 35 et suivants du Code de procédure civile. De façon simplifiée, ces articles distinguent entre la pluralité de demandes initiales et la pluralité par adjonction de demandes incidentes. Dans le premier cas, en cas de connexité entre les demandes, connexité sans doute caractérisée entre l'appel relatif au refus de faire droit à une demande et l'appel relatif à l'amende civile accompagnant son rejet, il convient de tenir compte du montant cumulé des demandes. Dans le second cas, le taux du ressort ne sera atteint que si une demande prise isolément atteint le taux du ressort.

³²⁰¹ Il en va de même, devant les juridictions pénales, de l'amende civile prononcée par la chambre de l'instruction : CPP, art. 212-2.

³²⁰² Ce montant est actuellement fixé à 10 000 euros.

³²⁰³ Pour une mise en œuvre de l'irrecevabilité de l'appel, voir par exemple : Basse-Terre, 10 nov. 2016, préc..

violation d'un droit reconnu par la Convention prévu à l'article 13, l'article 2 du 7^{ème} protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales prévoit, en matière d'infraction pénale, un droit à faire examiner la déclaration de culpabilité ou la condamnation par une juridiction supérieure³²⁰⁴. Cet article a fait l'objet d'une réserve par la France pour restreindre son application au droit pénal au sens de la loi nationale. Il s'agit toutefois de la même réserve que celle formulée au sujet de l'article 4 du protocole, si bien qu'on peut nourrir les mêmes doutes sur sa validité³²⁰⁵.

À supposer cet article applicable aux amendes civiles incluses au sein de la matière pénale³²⁰⁶, plusieurs limites sont toutefois admises. D'une part, le paragraphe 2 de l'article prévoit expressément que « Ce droit peut faire l'objet d'exceptions [...] lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction ». L'amende civile prononcée par la Cour de cassation semble dès lors échapper à toute critique sur le fondement de cet article. D'autre part, le même paragraphe réserve le cas des « infractions mineures telles qu'elles sont définies par la loi ». La Cour précise, par ailleurs, que l'examen par une juridiction supérieure « peut porter tant sur des questions de fait que de droit ou se limiter aux points de droit », à condition que cette limitation poursuive un but légitime et ne porte pas atteinte à la substance même du droit³²⁰⁷. Les amendes prononcées sur le fondement de l'article 559 du Code de procédure civile ainsi que celles prononcées sur le fondement des articles 411-1 et 417 du Code civil peuvent alors paraître conformes à la Convention. Au sujet des premières, les raisons de limiter les possibilités de recours à un pourvoi en cassation sont évidentes : dès lors que l'objet même de l'amende est de réprimer les appels abusifs ou dilatoires, la solution inverse aurait manqué de cohérence. Les amendes civiles des articles 411-1 et 417 du Code civil prêtent davantage à discussion. On peut d'abord remarquer que, d'un montant relativement modeste, limitées à la répression des manquements commis par certains individus dans l'exercice de leur mission, ces

³²⁰⁴ 7^{ème} protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, art. 2§1 « Toute personne déclarée coupable d'une infraction pénale par un tribunal a le droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation. L'exercice de ce droit, y compris les motifs pour lesquels il peut être exercé, sont régis par la loi ».

³²⁰⁵ Cf *supra*, n° 657 et s..

³²⁰⁶ La notion d'« infraction pénale » employée par l'article correspond en effet à la notion de « matière pénale » de l'article 6§1 de la Convention : P. Dourneau-Josette, « Convention européenne des droits de l'homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière pénale », art. préc., n° 755 ; CEDH, *Stanchev c. Bulgarie*, 1^{er} oct. 2009, n° 8682/02, § 44.

³²⁰⁷ CEDH, *Haser c. Suisse*, 27 av. 2000, n° 33050/96.

sanctions pourraient échapper au champ de la matière pénale³²⁰⁸. Ensuite, tant les limites portées par le paragraphe 2 de l'article 2 du 7^{ème} protocole additionnel que les inflexions admises par la Cour, par exemple dans l'arrêt *Jussila c. Finlande*³²⁰⁹, au sujet du respect des garanties procédurales applicables en matière pénale hors du cœur de cette matière paraissent aller dans le sens de la validité du dispositif.

805. Certaines décisions rendues au sujet de l'amende civile anciennement prévue par l'article L. 442-6, III du Code de commerce semblent plus contestables. Dans une affaire en particulier, le ministre de l'économie, usant de la faculté d'action que lui reconnaît en la matière le Code de commerce³²¹⁰, était intervenu pour la première fois en cause d'appel pour voir prononcer contre une société une amende civile d'un montant de 100 000 euros pour rupture brutale d'une relation commerciale établie et pour fausse coopération commerciale. Bien que la cour d'appel ait réduit la condamnation à un montant de 30 000 euros, il convient de constater qu'elle jugea l'intervention du ministre en appel recevable comme ne constituant pas un litige nouveau³²¹¹. On peut remarquer qu'une telle admission ne laisse ouverte, à l'entreprise condamnée, que la possibilité de former un pourvoi en cassation pour contester sa condamnation. La soumission de l'amende en cause à la matière pénale étant cette fois incontestable, on pourrait objecter que la Cour européenne des droits de l'homme admet la limitation du recours « aux points de droit » et rappeler que des atténuations semblent admises hors du droit pénal *stricto sensu*³²¹². Dès lors, toutefois, qu'une telle limitation doit poursuivre un but légitime et du fait du montant potentiellement extrêmement élevé de l'amende prévue en matière de pratiques restrictives de concurrence, on peut s'interroger sur la conventionnalité de la position retenue.

B – La preuve des éléments constitutifs.

³²⁰⁸ Cf *supra*, n° 537.

³²⁰⁹ Cf *supra*, n° 570 et 586.

³²¹⁰ Voir l'actuel article L. 490-8 du Code de commerce.

³²¹¹ Douai, 13 oct. 2005, préc., D. Fasquelle, « Amende civile, appel, intervention du ministre de l'économie et des finances : première illustration d'une intervention directe de l'Administration en appel pour obtenir la condamnation d'un distributeur au paiement d'une amende civile », *Concurrences* 2006/2, p. 103.

³²¹² Cf *supra*, n° 804.

806. « C'est la même chose de ne pas être ou de ne pas être prouvé »³²¹³. Bien que cet adage ancien puisse être nuancé, la place capitale de la preuve, spécialement en présence de mécanismes répressifs, ne saurait être contestée. Prises en étau entre droit pénal et droit civil, les sanctions pécuniaires civiles paraissent écartelées entre deux principes probatoires ayant une place particulière dans chacune de ces branches du droit, la présomption d'innocence (1) et la loyauté probatoire (2).

1 – Les sanctions pécuniaires civiles et la présomption d'innocence.

807. La présentation du principe. Affirmé, tant par l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen, par l'article 6§2 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, que par l'article 48 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, la présomption d'innocence fait figure de règle incontournable en matière de charge de la preuve en droit pénal. L'effet principal de ce principe est, en l'absence de règle contraire, de « dispenser la personne suspecte ou poursuivie d'établir son innocence »³²¹⁴. La présomption d'innocence n'est toutefois pas absolue et la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que « tout système juridique connaît des présomptions de fait ou de droit ; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil »³²¹⁵. En ce sens, la Cour exige que les exceptions portées à la présomption d'innocence soient justifiées par la gravité des enjeux et préservent les droits de la défense, notamment en admettant que la présomption de culpabilité soit renversée³²¹⁶.

808. Une application naturelle aux sanctions pécuniaires civiles. La présomption d'innocence, comme la majorité des principes fondamentaux du droit

³²¹³ H. Roland, L. Boyer, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 4^e éd., 1999, n° 161 : « *Vo idem est non esse et non probari* ».

³²¹⁴ B. Boulloc, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 139.

³²¹⁵ CEDH, *Salabiaku c. France*, 7 oct. 1988, n° 10519/83, § 28.

³²¹⁶ B. Boulloc, *Procédure pénale*, *op. cit.*, n° 138. Voir par exemple : CEDH, *Pham Hoang c. France*, 25 sept. 1992, n° 13191/87. Voir par exemple, au sujet des présomptions édictées en matière de droit pénal spécialisé : E. Baron, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », in *Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale. Actes d'une manifestation organisée par le master recherche Droit pénal de l'université Bordeaux IV et le master Droit pénal et sciences criminelles de l'université Toulouse I*, Droit pénal sept. 2013, p. 17.

pénal, a vocation à s'appliquer au-delà du champ strict de ce dernier³²¹⁷. À l'occasion de la question prioritaire de constitutionnalité transmise au Conseil constitutionnel quant au respect des principes pénaux de valeur constitutionnelle par l'interprétation juridictionnelle de l'ancien article L. 442-6, I, 2° du Code de commerce, le Conseil affirma d'ailleurs que « les dispositions contestées ne [...] méconnaissent [pas] la présomption d'innocence »³²¹⁸, admettant implicitement l'application du principe à l'amende civile édictée par le III de l'article. De même, au sujet de l'amende civile prévue par l'article L. 651-2 du Code de la construction et de l'habitation, la première Chambre civile de la Cour de cassation a considéré que l'application qu'avait faite la cour d'appel de ce texte³²¹⁹ ne méconnaissait pas la présomption d'innocence³²²⁰. Bien qu'une telle lecture ait pu surprendre certains auteurs³²²¹, la reconnaissance de l'application de la présomption d'innocence aux amendes civiles semble indéniable.

Une telle reconnaissance ne semble, au demeurant, pas entraîner une modification fondamentale des règles de preuve appliquées en droit civil³²²². Le principe édicté à l'article 1353 du Code civil selon lequel « Celui qui réclame

³²¹⁷ Voir par exemple, en matière de sanctions administratives : Com., 1^{er} déc. 1998, n° 96-20.189, E. Garaud, « Le prononcé d'une sanction pécuniaire par la COB suppose le respect de la présomption d'innocence prévue par la CEDH », *JCP G* 1999, II 10057 ; N. Rontchevsky, « COB. Procédure de sanction administrative. Présomption d'innocence. Violation (oui) », *RTD com.* 1999.161 ; J. Riffault, « Les garanties données à la défense dans les procédures administratives de sanction conduites par la Commission des opérations de bourse », *RSC* 1999.599. Dans cette affaire, l'accusé n'avait cependant pas pu invoquer l'atteinte à la présomption d'innocence réalisée dans le cadre de la procédure administrative pour échapper aux poursuites pénales : F. Stasiak, « Épilogue judiciaire de l'affaire *Oury* », *RSC* 2009.117. Voir également, en matière de sanctions administratives du droit de la concurrence : L. Vogel, *Traité de droit économique, t. 1 Droit de la concurrence*, Paris, 2^{ème} éd., 2018, n° 253. Une telle application avait à l'inverse longtemps été refusée : J.-F. Brisson, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'homme à propos de la divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », art. préc. ; Conseil d'État, *Rapport public 2001. Les Autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 358 et s. ; M. Delmas-Marty, C. Teitgen-Colly, *Punir sans juger*, *op. cit.*, Chapitre IV. Plus nuancé, voir : F. Moderne, « La sanction administrative », art. préc.. Voir, concernant l'utilisation de la responsabilité civile à des fins punitives : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 213 ; R. Mesa, « La consécration d'une responsabilité civile punitive : une solution au problème des fautes lucratives ? », art. préc. ; « L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », art. préc.. En matière d'amendes civiles : M. Béhar-Touchais, « Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », art. préc. ; « Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », art. préc..

³²¹⁸ CC, Décision n° 2018.749 QPC, préc., considérant n° 14.

³²¹⁹ L'article sanctionne le changement d'affectation d'un local à usage d'habitation sans respecter les conditions fixées à l'article L. 631-7 du même code. La cour d'appel avait considéré que l'infliction de l'amende civile à celui qui avait loué un appartement à une agence avec l'autorisation de procéder à des sous-locations temporaires était justifiée.

³²²⁰ Com., 12 juill. 2018, préc., X. Delpech, « À la une - Hébergement - Location en meublé de tourisme : la Cour de cassation se prononce », *JT* 2018/211, p. 9 ; N. Damas, « Sous-location de courte durée autorisée : condamnation du bailleur », *AJDI* 2019.118 ; B. Waltz-Teracol, « Amende civile en matière de meuble touristique : illustration d'une difficile articulation entre les dispositions civilistes et une sanction de nature punitive », art. préc..

³²²¹ B. Waltz-Teracol, « Amende civile en matière de meuble touristique : illustration d'une difficile articulation entre les dispositions civilistes et une sanction de nature punitive », art. préc..

³²²² S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *loc. cit.*. La différence est plus sensible en matière de *punitive damages* aux États-Unis dès lors que les standards de preuve et les règles régissant le vote des jurés sont différentes en droit pénal et en droit civil. Voir également en droit anglais : V. Wilcox, « Punitive damages in England », art. préc..

l'exécution d'une obligation doit la prouver » paraît en effet conduire à un résultat similaire. Tout au plus, l'application de la présomption d'innocence impose-t-elle au législateur et au juge de recourir avec une plus grande réserve qu'en droit commun aux renversements de charges de la preuve³²²³, et interdit en tout cas de poser en la matière une présomption irréfragable.

2 – Les sanctions pécuniaires civiles et la loyauté de la preuve.

809. Les modalités probatoires applicables en matière de sanctions pécuniaires civiles ne paraissent appeler que de rapides observations. Lorsque l'action est exercée par le ministère public, les exigences applicables à ce dernier interdisent toute déloyauté dans la recherche et la preuve des faits réprimés. Lorsque l'action est exercée par une autre autorité publique, spécialement une autorité administrative ou bénéficiant des services d'une administration, il convient sans doute de transposer la jurisprudence par laquelle le Conseil d'État, tout en reconnaissant que la phase d'enquête réalisée par une autorité administrative indépendante n'est pas soumise à l'article 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, affirme « que les enquêtes réalisées par les agents de l'Autorité des marchés financiers, ou par toute personne habilitée par elle, doivent se dérouler dans des conditions garantissant qu'il ne soit pas porté une atteinte irrémédiable aux droits de la défense des personnes auxquelles des griefs sont ensuite notifiés »³²²⁴.

810. Les sanctions extra-pénales et le principe civil de loyauté de la preuve. Même si la manifestation de la vérité est la finalité première du droit pénal, il

³²²³ On peut malheureusement douter qu'une telle prudence anime toujours les magistrats. Voir par exemple, sur l'obligation faite à la société poursuivie sur le fondement d'une clause créant un déséquilibre significatif au sens des pratiques restrictives de concurrence d'apporter la preuve que le déséquilibre créé par une clause trouve sa contrepartie dans d'autres dispositions du contrat : M. Béhar-Touchais, « Premières décisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », art. préc.. La question a été également posée de l'atteinte à la présomption d'innocence que constitue la consignation de l'amende civile en matière de procédure pénale : Th. Janville, « Tel peut-il être aisément pris qui croyait prendre ? », *GP* 2002/250, p. 12. On sait toutefois que si la Cour européenne des droits de l'homme a condamné l'obligation de constituer une telle consignation lorsque le montant de celle-ci apparaît trop élevé au regard des facultés du demandeur, c'est en raison d'une violation du droit d'accès à un tribunal et non en raison d'une atteinte à la présomption d'innocence : *supra*, note n° 2862.

³²²⁴ CE, 15 mai 2013, n° 356054, considérant n° 4, H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois, L. Milano, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *RFDA* 2014.538, J. Lasserre Capdeville, « Les pouvoirs d'enquête de l'AMF », *AJ pénal* 2015.67. Voir en dernier lieu : Y. Faure, C. Malverti, « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *AJDA* 2019.506. Voir dans le même sens : CE, 12 juin 2013, n° 349185 et 350064, « Enquête de l'AMF, sondage de marché et information privilégiée », *Lebon* 2013.

est naturellement exclu que la preuve des éléments constitutifs de l'infraction soit apportée en méconnaissant « les valeurs fondamentales de la civilisation »³²²⁵. Plus encore, la jurisprudence condamne, par principe, le recours à des procédés déloyaux de la part des magistrats ou policiers chargés de l'enquête³²²⁶. La partie civile échappe en revanche largement à ces exigences. Le droit civil paraît, sur ce terrain, plus exigeant que le droit pénal, l'article 9 du Code de procédure civile imposant de façon générale que la preuve soit apportée de façon loyale. Or, en matière de sanctions administratives, la Cour de cassation, par un arrêt du 7 janvier 2011, rejeta le raisonnement des juges du fond ayant écarté l'exigence de loyauté de la preuve en raison de la finalité répressive du dispositif en cause, affirmant, au visa de l'article 9 du Code de procédure civile et 6§1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales « que, sauf disposition expresse contraire du code de commerce, les règles du code de procédure civile s'appliquent au contentieux des pratiques anticoncurrentielles relevant de l'Autorité de la concurrence »³²²⁷. Vraisemblablement applicable aux mécanismes civils répressifs, une telle solution a suscité des réactions contrastées. Tout en reconnaissant que la protection des parties était un objectif louable, certains auteurs se sont inquiétés des incidences d'une telle solution sur la manifestation de la vérité³²²⁸, spécialement concernant des mesures à visée répressive³²²⁹. Il apparaît, quoi qu'il en soit, certain que la preuve des comportements susceptibles d'être réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles ne saurait se faire sans respecter une certaine loyauté.

*

* *

³²²⁵ B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n° 163.

³²²⁶ B. Bouloc, *Procédure pénale*, op. cit., n° 166 et s..

³²²⁷ Ass. plén., 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667, A. Lecourt, « Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel », art. préc. ; Ph. Théry, « Contentieux de la concurrence et procédure civile », *RTD civ.* 2011.383, Ph. Delbecq, J.-D. Bretzner, I. Gelbard-Le Dauphin, « Droit de la preuve », *D.* 2011.2891 ; F. Fourment, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civiles et pénales », *D.* 2011.562.

³²²⁸ Ph. Théry, « Contentieux de la concurrence et procédure civile », art. préc.. Voir également, en matière de contrefaçon : Civ. 1^{re}, 25 janv. 2017, n° 15-25.210, Ph. Théry, « Apparence : 1 – vérité : 0 - observations sur la loyauté dans la recherche des preuves », *RTD civ.* 2017.719 ; L. Mayer, « Une nouvelle exigence au titre du principe de loyauté dans l'administration de la preuve », *GP* 2017/17, p. 69. Le fait que l'extension des conséquences du principe de loyauté de la preuve ait eu lieu en matière de contrefaçon peut sembler intéressant, dès lors que ce domaine constitue une des manifestations les plus abouties de la responsabilité civile prise dans sa dimension punitive.

³²²⁹ F. Fourment, « Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civiles et pénales », art. préc..

811. Conclusion de section. Le recours limité aux sanctions pécuniaires civiles laisse irrésolues, en droit positif, certaines questions majeures de leur régime. De telles incertitudes affectent d'abord les conditions d'application des sanctions pécuniaires civiles. Bien que certaines difficultés à analyser tant les comportements actuellement réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles que l'état d'esprit nécessaire à une telle condamnation existent, c'est principalement l'imputabilité du comportement à son auteur qui paraît mériter l'attention. Une transposition des solutions retenues en droit de la responsabilité civile paraîtrait particulièrement inadéquate en la matière.

Des incertitudes affectent ensuite le régime procédural auquel sont soumises les sanctions pécuniaires civiles. L'essentiel des droits de la défense ne paraît certes pas soulever de réelles difficultés. Tout au plus peut-on déplorer certaines solutions retenues au sujet des amendes civiles de procédure quant au respect du principe du contradictoire. L'absence de justification satisfaisante à l'éviction de ce dernier principe en la matière semble, en effet, fortement militer en faveur de son rétablissement. De façon plus générale, le régime des recours exercés contre la décision prononçant une sanction pécuniaire civile, spécialement une amende civile, mériterait sans doute d'être repensé afin d'en clarifier les principaux aspects et d'assurer, au moins par principe, l'existence d'un recours permettant à l'accusé de voir une nouvelle fois sa culpabilité discutée.

Section II – Les conséquences de la culpabilité.

812. Une fois le principe de la culpabilité acquis, il reste à prononcer et exécuter la sanction. Au-delà de cette évidence, toute difficulté n'est pas écartée du seul fait du constat de la culpabilité du justiciable. D'une part, le prononcé de la sanction par le juge suppose que celui-ci transforme la sanction encourue en une sanction effective en déterminant, au sein du maximum théorique, à quelle sanction est concrètement condamnée la personne visée par la mesure. D'autre part, une fois une telle mesure prononcée, il convient encore de déterminer par qui elle sera supportée, de façon temporaire ou définitive, et par quels moyens le Trésor public ou les autres institutions se voyant affecter le produit de la sanction pourront recouvrer celle-ci, dans

l'hypothèse où le condamné ne s'exécuterait pas spontanément. C'est donc à la fois à une étude des règles entourant la détermination de la sanction (§I) ainsi qu'à un examen de celles régissant ses modalités d'exécution (§II) qu'il convient désormais de procéder.

§I – La détermination de la sanction.

813. Les sanctions pécuniaires civiles et la légalité des peines.

Généralement soumises au principe de légalité des délits et des peines, les sanctions pécuniaires civiles doivent être encadrées par un maximum théorique³²³⁰. Ce maximum peut toutefois être déterminé de façon variée, que ce soit en considération d'un plafond fixe ou par référence à des éléments tenant aux produits tirés du comportement réprimé, à des caractéristiques propres à l'auteur du comportement, voire à une combinaison de ces éléments³²³¹. Dans ce cas, en effet, le fait que l'amende ne soit pas chiffrée n'empêche pas sa prévisibilité, son montant maximum étant déterminable au regard de données objectives, ce qui paraît satisfaire les exigences constitutionnelles en la matière³²³². Il ne semble, en revanche, pas admissible, au regard du principe de légalité des peines, d'introduire des sanctions dénuées de tout maximum théorique, à l'instar de ce que proposaient certains projets de réforme du droit de la responsabilité civile. On peut enfin remarquer qu'en l'absence de texte spécifique, les adaptations du maximum légal que connaît le droit pénal en cas de récidive ne sont pas applicables aux sanctions pécuniaires civiles³²³³.

Dès lors qu'un individu est reconnu coupable d'un comportement visé par une sanction pécuniaire civile, il appartient au juge d'appliquer, au sein de ce maximum

³²³⁰ Cf *supra*, n° 594 et s..

³²³¹ Cf *supra*, n° 651 et s.. Du fait de certaines incertitudes liées au montant de l'amende civile anciennement prévue à l'article L. 442-6, III du Code de commerce, on peut remarquer que l'actuel article L. 442-4 du même code précise expressément que le montant maximal de l'amende est égal au plus élevé des trois plafonds prévus par l'article : Voir par exemple : G. Chantepie, N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », art. préc., n° 169.

³²³² F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 8 et s..

³²³³ CP, Livre 1^{er}, Titre III, Chapitre II, Section 1, Sous-section 2. Un oubli au sein de l'ordonnance du 24 avril 2019, ayant transféré le siège de l'amende civile en matière de pratiques restrictives de concurrence à l'article L. 442-4 du Code de commerce, pourrait donner une impression contraire. En effet, l'article L. 470-3 du même code dispose « Lorsqu'une personne ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles L. 441-2, L. 441-3, L. 441-4, L. 441-5, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-4 et L. 442-5, commet la même infraction, le maximum de la peine d'amende encourue est porté au double ». Or, depuis la renumérotation, certains de ces articles (L. 442-2, L. 442-3, L. 442-4) visent des pratiques réprimées au moyen d'une amende civile. Il ne faut toutefois sans doute y voir qu'une maladresse lors de l'adoption de l'ordonnance et ne pas doubler les peines encourues en la matière.

théorique, une peine concrète. Le prononcé de la sanction étant normalement concomitant de la déclaration de culpabilité, les différentes garanties procédurales développée au sujet du constat de la culpabilité s'appliquent également au prononcé de la sanction³²³⁴. Toutefois, certaines règles particulières ne s'appliquent qu'au prononcé de la sanction, le juge devant mettre en œuvre des critères d'adaptation de la sanction (A) qu'il lui appartient d'explicitier du fait d'une obligation de motivation de la sanction (B)³²³⁵.

A – Les critères d'adaptation de la sanction.

814. La nécessité d'une individualisation de la peine. À rebours du système de fixité des peines mis en place sous la Révolution, le droit pénal contemporain accorde une place centrale à l'individualisation de la peine³²³⁶, au point que le Conseil constitutionnel en fasse un principe à valeur constitutionnelle découlant de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, principe qui suppose qu'une « sanction pénale ne puisse être appliquée que si le juge l'a expressément prononcée, en tenant compte des circonstances propres à chaque espèce »³²³⁷. La logique répressive qui anime les sanctions pécuniaires civiles leur rend applicable cette exigence³²³⁸. En ce sens, la Cour de cassation, au sujet de l'amende administrative prononcée par l'Autorité de la concurrence, a récemment fait mention « des principes généraux d'individualisation et de proportionnalité applicables à toute sanction »³²³⁹, hors même du droit pénal au sens strict.

³²³⁴ Cf *supra*, n° 796 et s..

³²³⁵ Sur les liens entre individualisation de la peine et motivation, voir par exemple : E. Bonis-Garçon, « L'extension de l'exigence de motivation aux amendes contraventionnelles », art. préc., I-A.

³²³⁶ CP, art. 132-1. La nécessité d'individualiser les peines afin de faire « revivre le sentiment de l'honnêteté » été déjà affirmée, de façon très forte, par SALEILLES : R. Saleilles, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, F. Alcan, 3^{ème} éd., Paris, 1927, p. 174 et s.. Voir toutefois : M. Brenaut, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, *op. cit.*, note n° 776. L'auteur souligne : « l'incertitude pénale découlant de l'individualisation à outrance des peines a conduit le législateur, pourtant à l'origine de cette évolution, non pas à revenir dessus mais à chercher des palliatifs de cette incertitude qui juguleraient le puissant pouvoir des juridictions d'application des peines. Voilà l'origine des "périodes de sûreté" ». Dans le même sens : M. Van de Kerchove, « Éclatement et recomposition du droit pénal », art. préc..

³²³⁷ CC, Décision n° 2017-694 QPC, préc., considérant n° 8. Voir sur l'absence antérieure d'un principe d'individualisation de la peine en droit constitutionnel : N. Molfessis, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, *op. cit.*, n° 227.

³²³⁸ Sur les difficultés en matière d'astreinte à concilier individualisation d'une mesure coercitive et autorité de la chose jugée : C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 263.

³²³⁹ Com., 26 sept. 2018, n° 16-25.403, « Pratique anticoncurrentielle (non-respect d'engagements) : proportionnalité de la sanction », D. 2018.1908. Voir par exemple, sur l'individualisation de la sanction en droit de la concurrence : B. Lasserre, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », art. préc., IV-A.

L'exigence d'une individualisation des sanctions pécuniaires civiles semble dès lors généralement admise³²⁴⁰. On pourrait toutefois s'interroger sur le respect de ce principe par certains textes instaurant des amendes civiles et déterminant un minimum de la sanction³²⁴¹. À titre d'exemple, les articles 50 et 63 du Code civil prévoient, à l'encontre de l'officier d'état civil qui se rendrait coupable de certains manquements, une amende d'un montant compris entre 3 et 30 euros. De plus, si l'on admet que la règle forfaitaire de calcul des dommages et intérêts en présence d'une contrefaçon présente le caractère d'une peine pécuniaire privée, ne peut-on pas voir une atteinte au principe d'individualisation de la peine dans le fait que celle-ci soit fixée à une somme « supérieure au montant des redevances ou droits qui auraient été dus si l'auteur de l'atteinte avait demandé l'autorisation d'utiliser le droit auquel il a porté atteinte »³²⁴² ?

Dans le premier cas, outre que la soumission de ces sanctions aux principes directeurs du droit pénal n'est pas acquise³²⁴³, il faudrait sans doute admettre que la possibilité laissée au juge d'adapter la sanction du simple au décuple ainsi que le très faible montant des mesures en cause rendent sans doute vaine toute critique.

Dans le second cas, la solution serait également admissible du fait de la nature mixte de la peine pécuniaire privée en cause³²⁴⁴ : le plancher retenu par le législateur correspond à un minimum cohérent avec la fonction en partie indemnitaire du mécanisme.

815. Les principes généraux de personnalisation des peines. Au-delà de ce constat, il peut sembler difficile de livrer une présentation exhaustive des différents éléments pris en compte par la jurisprudence pour adapter le montant des sanctions pécuniaires civiles lors de leur prononcé. Bien que l'article 132-1, alinéa 3 du Code pénal, relatif au prononcé des peines, ne soit pas en lui-même applicable aux sanctions

Concernant l'application des critères énumérés à l'article L. 621-15, III c. : T. Oun-Tat, D. Hervey, « Enjeux actuels liés à l'application par l'AMF des principes de proportionnalité et de personnalité des peines », art. préc..

³²⁴⁰ Voir, pour un refus de prononcer une amende civile pour procédure abusive en raison de la situation particulière de l'auteur de la procédure : Soc., 9 mai 1996, préc. Concernant l'amende civile applicable en cas de rupture brutale d'une relation commerciale établie : Paris, 3 déc. 2014, n° 13/06091, L. Constantin, « Rupture brutale des relations commerciales, précisions sur le régime de l'amende civile – Cour d'appel de Paris 3 décembre 2014 », art. préc.. Voir également, au sujet de l'amende civile ayant été envisagée en droit de l'environnement : F. Rousseau, « Réflexion sur la répression civile des atteintes à l'environnement. - À propos du rapport remis au garde des Sceaux le 17 septembre 2013 relatif à la réparation du préjudice écologique », art. préc., n° 10.

³²⁴¹ M. Benillouche, « La peine minimale : une résurgence du passé contraire à la Constitution ? », *JCP G* 2018, 875. Voir toutefois : A. Dadoun, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », *RSC* 2018.805, n° 21.

³²⁴² Cf *supra*, n° 287.

³²⁴³ Voir en matière conventionnelle : *supra*, n° 537 et s..

³²⁴⁴ Cf *supra*, n° 287.

pécuniaires civiles, les principes énoncés à cet article³²⁴⁵ peuvent sembler constituer une base de réflexion commune à la majorité des mécanismes répressifs³²⁴⁶. La fixation du montant de la sanction dépendrait ainsi principalement des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur et de sa situation. En ce sens, on peut remarquer que le texte de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile, qui dispose en son alinéa 2 que l'« amende est proportionnée à la gravité de la faute commise, aux facultés contributives de l'auteur et aux profits qu'il en aura retirés », paraît rejoindre largement les principes pénaux d'adaptation des peines³²⁴⁷.

En revanche, il ne semble pas possible en l'état du droit positif d'appliquer les règles relatives au concours réel d'infractions aux sanctions pécuniaires civiles, les textes étant strictement prévus en droit pénal³²⁴⁸. Dans l'hypothèse où un individu commettrait plusieurs manquements réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles avant d'être condamné, les sanctions devraient donc se cumuler sans limitation³²⁴⁹.

816. L'adaptation des sanctions pécuniaires : la prise en compte de la situation patrimoniale de l'auteur. L'analyse des sanctions pécuniaires civiles existantes ne dément pas cette impression. Certes, des critères spécifiques d'adaptation de la sanction existent. La spécificité de ces critères peut d'une part tenir à la nature particulière de la sanction. Il semble ainsi naturel que les sanctions pécuniaires soient proportionnées « aux facultés contributives de l'auteur »³²⁵⁰, la prise en compte de ces facultés étant d'autant plus aisée que l'article L. 143 du Code des procédures fiscales dispose que « Les juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif devant

³²⁴⁵ « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le *quantum* et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncées à l'article 130 -1 ».

³²⁴⁶ A. Dadoun, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », art. préc., n° 27. L'article L. 464-2, prévoyant le pouvoir de l'Autorité de la concurrence de prononcer des sanctions pécuniaires dispose par exemple que celles-ci « sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre ».

³²⁴⁷ F. Rousseau, « Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », art. préc., n° 9.

³²⁴⁸ Sur cette notion *cf supra*, n° 654.

³²⁴⁹ Il convient toutefois de souligner que la définition du manquement réprimé permet de réduire les risques de cumul. À titre d'exemple, en matière de pratiques restrictives de concurrence, le fait de soumettre un partenaire commercial à un ensemble de clauses dont chacune entraînerait un déséquilibre significatif ne constitue *a priori* qu'un seul manquement. En revanche, si plusieurs partenaires commerciaux étaient soumis à des telles clauses, plusieurs sanctions seraient encourues. Il semble cependant en pratique que le ministre de l'économie, agissant sur recommandation de la DGCCRF, ne demande en de telles hypothèses que le prononcé d'une unique sanction. Concernant des sanctions pécuniaires civiles d'un montant aussi important, il pourrait toutefois sembler opportun de consacrer, au cas par cas, une règle limitant le cumul des sanctions en cas de pluralité des manquements.

³²⁵⁰ *Cf supra*, n° 419 et s..

lesquelles a été engagée une action tendant à obtenir une condamnation pécuniaire peuvent ordonner à l'administration des impôts et aux personnes parties à l'instance, de leur communiquer, en vue de leur versement aux débats, tous les documents d'ordre fiscal dont la production est utile à la solution du litige », cette faculté n'étant pas limitée aux amendes pénales mais s'appliquant à toute « condamnation pécuniaire ».

817. Les critères spéciaux d'adaptation³²⁵¹. Cette spécificité peut, d'autre part, être liée au domaine particulier dans lequel intervient la mesure. À titre d'exemple, en matière de pratiques restrictives de concurrence, une cour d'appel a pu tenir compte, outre de la déloyauté du comportement, de la gravité au regard du trouble causé à l'ordre public et du préjudice causé à l'autre partie de « l'effet d'entraînement que peut avoir le comportement [de l'auteur des pratiques] sur les autres opérateurs économiques »³²⁵². On peut toutefois considérer que ce critère ne correspond qu'à une modalité d'évaluation de la gravité du comportement, constituant dès lors une simple précision des règles générales d'adaptation de la sanction.

818. La prise en compte du profit retiré de l'« infraction ». De façon plus générale, dans les domaines où le non-respect d'un interdit est susceptible de générer un gain, la prise en compte du profit illicite peut sembler être un élément central de l'adaptation du montant de la sanction³²⁵³. Cette adaptation est susceptible de produire des effets à deux niveaux. Elle constitue parfois une modalité spécifique de fixation du maximum de la sanction encourue, que ce soit en droit pénal³²⁵⁴ ou en matière de mesures punitives extra-pénales³²⁵⁵. Elle peut également constituer un des éléments pris

³²⁵¹ Sur la question spécifique du mode de fixation du montant des dommages et intérêts punitifs en cas de condamnations multiples : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 111. Pour des exemples de critères spéciaux de motivation en droit pénal *stricto sensu* : A. Dadoun, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », art. préc., n° 31 et s..

³²⁵² Paris, 3 déc. 2014, préc.. S. Chaudouet, *Le déséquilibre significatif*, *op. cit.*, n° 947 ; A. Fortunato, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, *op. cit.*, n° 389 (L'auteur évoque également l'influence de l'absence de mise en œuvre de la clause créant un déséquilibre significatif sur le *quantum* de la sanction). Pour une présentation des différents critères mis en œuvre dans le cadre de l'amende civile prévue en matière de pratiques restrictives de concurrence, voir également : E. Kerguelen, *Les pratiques restrictives*, *op. cit.*, n° 1395 et s.. Voir en particulier sur l'absence de corrélation entre le montant de l'amende civile et le montant de l'indu : *op. cit.*, n° 1398.

³²⁵³ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 68. Sur la notion de profit illicite voir par exemple : N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 240. L'auteur souligne notamment l'incertitude qui peut entourer la prise en compte du profit réel ou du profit espéré.

³²⁵⁴ *Cf supra*, n° 486. Voir en particulier C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », art. préc..

³²⁵⁵ Tel est par exemple le cas de l'amende civile sanctionnant certaines pratiques restrictives de concurrence et prévue à l'article L. 442-4 du Code de commerce. En matière de sanctions administratives, on peut par exemple mentionner les sanctions pécuniaires prononcées par l'Autorité de la concurrence en matière de pratiques anticoncurrentielles (C. com., art. L. 464-2), certaines sanctions pécuniaires prononcées par l'ACPR (CMF, art. L. 612-39) ou l'AMF (CMF, art. L. 621-15).

en compte dans la fixation concrète de la sanction³²⁵⁶. Certes une telle prise en compte a pu apparaître relativement rare en droit pénal, quoiqu'il convienne de nuancer une telle analyse³²⁵⁷. Hors du droit pénal *stricto sensu*, l'influence du profit illicite dans la détermination du montant de certaines sanctions semble difficilement contestable, au moins dans des domaines présentant une forte dimension économique³²⁵⁸. La nécessité de tenir compte du profit retiré par l'auteur semble en tout cas avoir convaincu les auteurs du projet de réforme du droit de la responsabilité civile : l'article 1266-1 y fait ainsi référence non seulement comme élément de modulation du maximum théorique de la sanction, mais aussi au titre des éléments devant présider à la fixation concrète du montant de l'amende.

B – La motivation de la sanction.

819. Le développement de l'obligation de motivation des peines et son application aux sanctions pécuniaires civiles. Au principe d'individualisation de la peine, le Conseil constitutionnel rattache désormais l'obligation de motivation de la sanction prononcée³²⁵⁹. Cette exigence se comprend sans mal, dès lors que l'individualisation de la peine perdrait une grande part de son intérêt si elle ne permettait pas à la personne visée par la mesure, et avec elle au reste de la société, de comprendre les éléments ayant aggravé ou allégé la sanction prononcée. Alors que la

³²⁵⁶ N. Fournier de Crouy, *La faute lucrative*, *op. cit.*, n° 237 ; A. Bernardini, « L'amende dans une perspective européenne », in *Quelques aspects actuels des sciences criminelles*, Cujas, Paris, 1990, p. 5 et s., spéc. p. 27.

³²⁵⁷ Cf *supra*, n° 482 et s..

³²⁵⁸ Voir par exemple sur la prise en compte du profit et sur la méthode de fixation des sanctions par l'Autorité de la concurrence : C. Prieto, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », art. préc., n° 20 ; B. Lasserre, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », art. préc., II-B ; E. Claudel, « Projet de communiqué sur la méthode de détermination de la sanction pécuniaire : un texte utile mais perfectible », *RTD com.* 2011.74 ; Autorité de la Concurrence, *Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*, n° 21 et s.. En revanche, le montant du profit indu en matière de pratique restrictive de concurrence paraît difficile à lier au montant des amendes prononcées : E. Kerguelen, *Les pratiques restrictives*, *op. cit.*, n° 1401. Il faut cependant tenir compte du fait que l'article L. 442-4 du Code de commerce prévoit expressément la restitution des avantages indument obtenus, ce qui tend à dissocier la confiscation du profit illicite de la répression (En faveur d'une telle solution : E. Dreyer, « Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », art. préc..). D'autre part, la prise en compte de la fonction dissuasive de la mesure, parfois expressément visée par les juges (Paris, 11 sept. 2013, n° 11/17941. Voir par exemple : A. Fortunato, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, *loc. cit.*), semble de nature à induire une prise en compte du profit retiré.

³²⁵⁹ CC, Décision n° 2017-694 QPC, préc., considérant n° 8, A. Botton, « Motivation des peines par les cours d'assises : interprétation d'une censure d'interprétation », art. préc. ; A. Dadoun, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », art. préc.. La Cour de cassation semble en revanche considérer que la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas d'obligation de motivation des peines : Crim., 20 juin 2018, n° 17-82.237, « Cour d'assises (acquiescement partiel) : motivation de la décision », *D.* 2018.1388. Sur l'obligation de motivation au sein de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : *supra*, n° 796 et s..

généralisation de l'obligation de motivation de la peine est récente en droit pénal³²⁶⁰, elle semble avoir été transposée naturellement aux sanctions ayant le caractère d'une punition³²⁶¹, et donc à une part importante des sanctions pécuniaires civiles.

820. L'évolution en matière d'amende civile. Une telle obligation n'a cependant pas été imposée sans difficulté à toutes les sanctions pécuniaires civiles, notamment aux amendes civiles pour procédure abusive. La Chambre criminelle de la Cour de cassation avait ainsi considéré que la chambre de l'instruction prononçant une amende civile sur le fondement de l'article 177-2 du Code de procédure pénale « n'était pas tenue de motiver spécialement le montant de l'amende »³²⁶², position confirmée récemment dans un arrêt du 6 décembre 2017³²⁶³. Une telle solution ne saurait d'ailleurs surprendre alors que la Cour n'imposait alors pas d'obligation de principe concernant la motivation des sanctions pénales. Elle ne semblait toutefois plus viable postérieurement à la décision constitutionnelle du 2 mars 2018. Par une décision remarquée du 17 septembre 2018, la Chambre criminelle de la Cour de cassation affirma qu'en fixant le montant de l'amende civile prononcée à 7 500 euros « sans s'expliquer sur les ressources et les charges de la plaignante, la chambre de l'instruction n'a pas justifié sa décision », entraînant une cassation au visa des articles 177-2, 212-2 et 593 du Code de procédure pénale³²⁶⁴. La Chambre criminelle paraît, ce faisant, aligner parfaitement l'exigence de motivation retenue en matière d'amende civile pour procédure abusive sur celle existante en matière de prononcé d'amendes pénales à l'encontre de personnes physiques³²⁶⁵. De façon plus générale, il semble alors que les

³²⁶⁰ Alors que la Cour de cassation considérait traditionnellement que, par principe, les juges étaient libres de fixer sans motivation la sanction au sein du maximum prévue par la loi. Concernant l'évolution en matière correctionnelle, voir spécialement : A. Dadoun, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », art. préc., n° 3 ; E. Bonis, « L'extension de l'exigence de motivation aux amendes contraventionnelles », art. préc.. L'inflexion de la jurisprudence en matière de crime ne fut opérée qu'à l'occasion de la décision constitutionnelle n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018. Enfin, l'évolution en matière contraventionnelle résulta d'un arrêt de la Cour de cassation adopté à la suite de cette décision constitutionnelle : Crim., 30 mai 2018, n° 16-85.777, E. Bonis, « L'extension de l'exigence de motivation aux amendes contraventionnelles », art. préc. ; J.-B. Perrier, « La diffusion de la motivation des peines : de la Constitution aux contraventions », *AJ pénal* 2018.407. Voir pour un panorama récent de l'extension en droit pénal : G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail, E. Tricoire, « Droit pénal », *D.* 2018.2259. Sur la motivation d'une peine de confiscation, voir : Crim., 15 mai 2019, n° 18.84.494, « Peine (confiscation et amende) : contrôle de la motivation des juges du fond », art. préc..

³²⁶¹ A. Dadoun, « L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », art. préc., n° 20.

³²⁶² Crim., 27 févr. 2002, préc..

³²⁶³ Crim., 6 déc. 2017, n° 16-87.007.

³²⁶⁴ Crim., 5 sept. 2018, préc., « Constitution de partie civile abusive : le juge doit motiver le montant de l'amende civile », *JCP G* 2018, 949 ; A. Maron, M. Haas, « L'amende (pénale) est plus contagieuse que la grippe », art. préc..

³²⁶⁵ G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail, E. Tricoire, « Droit pénal », *D.* 2018.2259, art. préc..

exigences de motivations du montant des amendes civiles se trouvent alignées, par principe, sur celles retenues en droit pénal³²⁶⁶.

821. Une harmonisation inachevée. Il faut cependant reconnaître que, pour l'heure, la situation des amendes civiles de procédure civile apparaît discordante. Spécialement, au sujet des amendes pour procédure abusive, on peut remarquer qu'alors que la caractérisation du caractère abusif de la procédure fait l'objet d'une réelle exigence de motivation³²⁶⁷, le montant de l'amende semble globalement délaissé. Même lorsque des éléments tenant à la personne visée par l'amende semblent pris en compte³²⁶⁸, c'est davantage sur la caractérisation de l'abus que sur une modulation de l'amende que semble se concentrer la motivation des juges. Une telle solution pouvait éventuellement sembler tolérable lorsque ces amendes étaient plafonnées à 1 500 voire 3 000 euros. Elle ne semble toutefois plus admissible depuis que ces amendes sont portées à un montant maximum de 10 000 euros, si bien qu'il apparaît nécessaire que l'exigence de motivation soit plus stricte en la matière.

§II – Les modalités d'exécution de la sanction.

822. La justification des thématiques traitées. La dernière étape dans la mise en œuvre des sanctions pécuniaires civiles est leur exécution. Deux difficultés principales se détachent alors : qui doit supporter à titre définitif la sanction et quelles voies de recouvrement sont ouvertes si le débiteur ne s'exécute pas ? Alors que la première difficulté renvoie principalement à l'assurabilité des sanctions pécuniaires civiles (A), la seconde concerne les voies de recouvrements de la sanction (B).

A – L'assurabilité des peines et les sanctions pécuniaires civiles.

823. L'éviction de la déductibilité fiscale. L'assurance n'est pas, au moins d'un point vue économique, le seul moyen de transférer la charge définitive d'une condamnation. Les solutions retenues en matière de condamnation à des dommages et

³²⁶⁶ A. Maron, M. Haas, « L'amende (pénale) est plus contagieuse que la grippe », art. préc..

³²⁶⁷ Cf *supra*, note n° 3179.

³²⁶⁸ Soc., 9 mai 1996, préc..

intérêts conduit en effet à transférer indirectement à l'État une part des conséquences de la sentence³²⁶⁹. À l'exception de peines pécuniaires privées poursuivant des fonctions à la fois indemnitaire et punitive, une telle solution ne saurait être reprise en matière de sanction pécuniaire civiles, la finalité répressive du mécanisme rendant manifestement inadmissible sa transmission, même indirecte, au Trésor public³²⁷⁰.

824. Les incertitudes entourant l'assurabilité. La question de l'assurabilité des sanctions pécuniaires civiles est plus complexe. Certains auteurs la refusent comme relevant d'une règle d'évidence³²⁷¹ au moins lorsque le mécanisme est détaché de toute idée indemnitaire³²⁷². On remarque pourtant que certains pays connaissant des dommages et intérêts punitifs admettent parfois leur assurabilité³²⁷³. De même, le rapport d'information du Sénat relatif à la responsabilité civile rédigé par les Sénateurs ANZIANI et BÉTEILLE, se fondant sur les considérations de certains auteurs, se prononçait pour l'assurabilité de principe des dommages et intérêts punitifs³²⁷⁴.

825. Les arguments en présence. Plusieurs arguments sont avancés en faveur de l'assurabilité des dommages et intérêts punitifs, et plus généralement des sanctions pécuniaires punitives³²⁷⁵. Outre des arguments limités à certains cas particuliers dans lesquels la personnalité de la peine connaît des assouplissements³²⁷⁶, les auteurs se

³²⁶⁹ Cf *supra*, n° 369.

³²⁷⁰ *Ibid.*

³²⁷¹ S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *op. cit.*, n° 325 et s. ; E. Juen, « Vers la consécration de dommages-intérêts punitifs en droit français », art. préc. ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, *op. cit.*, n° 328 ; B. Mazabraud, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, *op. cit.*, n° 86 et s.. Concernant l'astreinte et la clause pénale, voir par exemple : L. Perdrix, « Droit des assurances », in *Les sanctions en droit privé contemporain*, vol. I, *op. cit.*, n° 34 ; C. Dubois, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, *op. cit.*, n° 305. Voir antérieurement : P. Nabet, *La peine privée en droit des assurances*, *op. cit.*, n° 82. En faveur d'une distinction entre dommages et intérêts restitutoires ou strictement punitifs : G. Viney, *Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile*, art. préc..

³²⁷² C. Grare, *Recherche sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, *op. cit.*, n° 516

³²⁷³ I. Ebert, « Assurability of punitive damages », in H. Koziol and V. Wilcox (eds.), *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, *op. cit.*, n° 7 et s. ; J. Bourthoumieux, « Dommages punitifs », art. préc.. Concernant les États-Unis : S. Carval, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, *loc. cit.* ; C. Jauffret-Spinosi, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », art. préc. ; Z. Jacquemin, *Payer, réparer, punir. Étude sur les fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, n° 449. Pour le Royaume-Uni : M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber, C. Harpum, S. Sibling, *Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, *op. cit.*, n° 1.192.

³²⁷⁴ L. Perdrix, « Droit des assurances », art. préc., n° 35. Voir également, suggérant la possibilité d'un découvert obligatoire : Ph. Pierre, « L'introduction des dommages et intérêts punitifs en droit des contrats – Rapport français », art. préc..

³²⁷⁵ J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », art. préc.. L'auteur envisage notamment les hypothèses pénales dans lesquelles une amende est mise à la charge d'un autre que l'auteur du comportement : art. préc., n° 8 et s..

³²⁷⁶ J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », art. préc., n° 8.

prononçant en faveur de l'assurabilité des sanctions mettent en avant la protection de celui qui n'a commis qu'une négligence grossière³²⁷⁷, la préservation de la liberté contractuelle³²⁷⁸ ainsi que la protection des entreprises contre des faillites³²⁷⁹. À l'inverse, il est à la fois soutenu qu'une telle assurance empêche la dimension dissuasive et répressive des sanctions en cause de jouer pleinement³²⁸⁰ et soulèverait des difficultés difficilement solubles en matière de mutualisation des risques³²⁸¹.

826. Les solutions retenues. En dépit de l'absence de textes prévoyant l'interdiction d'assurer les conséquences de la responsabilité pénale, la solution semble relativement stable en jurisprudence, qu'elle se rattache au principe de personnalité des peines³²⁸² ou de façon plus convaincante à une contrariété à l'ordre public virtuel³²⁸³. Les solutions semblent moins établies hors du droit pénal, spécialement en matière de sanctions pécuniaires civiles³²⁸⁴ ou d'amendes administratives.

Un arrêt rendu au sujet de l'assurabilité des amendes prononcées par l'AMF peut ainsi conduire à s'interroger³²⁸⁵. Le dirigeant d'une société invoquait l'avenant d'un contrat d'assurance étendant la garantie aux amendes et pénalités civiles pour que l'assurance prenne en charge une condamnation prononcée par l'AMF. Sans revenir à ce stade sur l'applicabilité de l'avenant à une amende administrative³²⁸⁶, il convient de remarquer que la Cour de cassation rejeta le jeu de l'assurance, non pas en raison de l'impossibilité d'assurer la sanction mais du fait du caractère intentionnel de la faute.

³²⁷⁷ I. Ebert, « Assurability of punitive damages », art. préc., n° 4 ; J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », art. préc., n° 21.

³²⁷⁸ I. Ebert, « Assurability of punitive damages », *loc. cit.*

³²⁷⁹ I. Ebert, « Assurability of punitive damages », *loc. cit.* ; A. Anziani et L. Bétéille, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile, op. cit.*

³²⁸⁰ Cf. *supra*, note n° 3271. *Contra*, sur le plan de la déresponsabilisation : J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », art. préc., n° 33 et s..

³²⁸¹ Les sanctions étant à la fois potentiellement très importantes et relativement rares, les calculs statistiques se révéleraient irréalisables : I. Ebert, « Assurability of punitive damages », art. préc., n° 5.

³²⁸² Par exemple : F. Turgné, « Fasc. 523 : Assurances terrestre. – Assurances diverses relatives aux biens », in *J-Cl. Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, 2015 (actualisation avr. 2015), n° 35 ; L. Boré, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires, loc. cit.* ; J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », art. préc., n° 3.

³²⁸³ Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur, *Droit des assurances, op. cit.*, n° 698 ; H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, M. Asselain, *Traité du contrat d'assurance terrestre, Litec*, Paris, 2008, n° 482 et s., spéc. n° 483 ; J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », art. préc., n° 2 et 3. L'auteur estime toutefois que l'article 6 du Code civil ne devrait pas avoir vocation à s'appliquer au contrat d'assurance, limitant l'interdiction d'assurer les amendes aux cas des fautes de l'assuré.

³²⁸⁴ F. Turgné, « Fasc. 523 : Assurances terrestre. – Assurances diverses relatives aux biens », *loc. cit.*

³²⁸⁵ Civ. 2^{ème}, 14 juin 2012, préc., L. Grynbaum, « Diffusion d'information inexactes : faute intentionnelle et assurabilité », art. préc. ; N. Rontchevsky, « Les sanctions administratives prononcées par l'Autorité des marchés financiers peuvent-elles être garanties par une assurance "Responsabilité des dirigeants" ? », art. préc..

³²⁸⁶ Voir notamment, évoquant l'arrêt au titre des amendes civiles : J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag, *Le contrat d'assurance, op. cit.*, n° 1632.

De nouveau confrontée plus récemment à une assurance ayant vocation à couvrir les sanctions prononcées par l'AMF, la Cour de cassation, non directement saisie de la question, ne se prononça pas non plus sur le sujet³²⁸⁷.

En dépit de ces incertitudes, la tendance doctrinale et ministérielle semble sans conteste être en faveur de l'interdiction d'assurer les sanctions pécuniaires civiles. En dernier lieu, le projet de réforme du droit de la responsabilité civile prévoit ainsi expressément, à l'article 1266-1, alinéa 6 que l'amende instaurée par le projet « n'est pas assurable ». Une telle précision pourrait certes s'expliquer par le champ spécifique d'application envisagé par l'article. Ce dernier vise en effet spécifiquement les fautes lucratives, ce qui paraît rendre particulièrement nécessaire l'absence de jeu d'une assurance. À l'inverse, l'admission de l'assurance semblerait beaucoup moins choquante dans les hypothèses où des amendes civiles répriment l'inaccomplissement de formalités, comme par exemple celles prévues aux articles 50 et 63 du Code civil. Même en ce cas, il semble peu contestable que l'assurabilité de la sanction lui ferait perdre une part non-négligeable de son effet prophylactique, perte mal compensée par les mécanismes de responsabilisation que connaît actuellement le droit des assurances³²⁸⁸. Par principe, et en réservant l'hypothèse de dispositions contraires, il convient sans doute de conclure à la prohibition de l'assurance des sanctions pécuniaires civiles résultant de normes sociales générales.

B – Le recouvrement des sanctions pécuniaires civiles.

827. Question essentielle en droit pénal³²⁸⁹, l'exécution de la sanction constitue une thématique relativement délaissée de l'étude des sanctions pécuniaires civiles. Un tel constat s'explique sans grande difficulté. D'une part, la vaste majorité des règles pénales relatives à l'exécution de la peine touche aux sanctions privatives de liberté, qui s'exécutent nécessairement dans le temps et touchent la personne du condamné dans son intimité, alors que l'exécution d'une sanction pécuniaire est généralement instantanée³²⁹⁰ et n'affecte que la situation patrimoniale du condamné.

³²⁸⁷ Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n° 17-26.171, L. Grynbaum, « Assurance des sanctions pécuniaires administratives et frais de défense : un arrêt didactique, muet sur l'assurabilité », *Rev. soc.* 2020.103.

³²⁸⁸ *Cf supra*, n° 382.

³²⁸⁹ Voir par exemple : B. Bouloc, *Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2017.

³²⁹⁰ Même dans l'hypothèse d'une condamnation à des jours-amendes, la somme totale due par le condamné est exigible à l'expiration du délai correspondant au nombre de jours-amendes : CP, art. 131-25.

D'autre part, la majorité des études approfondissant l'analyse de certaines sanctions pécuniaires civiles relevaient de l'étude des peines pécuniaires civiles³²⁹¹. Or, dans la mesure où le produit de ces sanctions est normalement attribué à des personnes privées, les modalités de recouvrement de ces sanctions ne présentent *a priori* pas de spécificité notable. L'inclusion dans le champ de la présente étude des amendes civiles rend en revanche cette question plus spécifique, imposant de s'interroger tant sur les voies de recouvrement de la sanction (1) que sur la localisation dans le temps et l'extinction par l'écoulement d'un délai de la sanction (2).

1 – Les voies de recouvrement de la sanction.

828. L'absence de difficulté en matière de peines pécuniaires privées. Les différentes manifestations de peines pécuniaires privées ne semblent pas soulever de réelles difficultés du point de vue du recouvrement de la sanction : le produit de ces dernières bénéficiant à une personne privée disposant d'un titre exécutoire, le bénéficiaire du produit de la sanction pourra en obtenir l'exécution forcée selon les modalités prévues au sein du Code des procédures civiles d'exécution³²⁹².

829. La spécificité du recouvrement des amendes pénales. La question du recouvrement des sanctions pécuniaires civiles trouve à l'inverse tout son sens en matière d'amendes civiles. La proximité de ces sanctions avec les amendes pénales, et notamment le fait qu'elles bénéficient par principe au Trésor public, invite à s'interroger sur la transposition des règles spécifiques au recouvrement des amendes pénales.

Ces dernières connaissent en effet plusieurs spécificités. Ainsi, concernant les amendes correctionnelles ou de police, l'acquiescement par le condamné du montant de l'amende dans un délai d'un mois entraîne une diminution de 20 % du montant de la

³²⁹¹ Cf *supra*, n° 176.

³²⁹² Voir cependant, concernant le refus d'admettre un sursis à exécution en matière d'astreinte : Civ. 2^{ème}, 10 févr. 2011, n° 10-14.424, R. Perrot, « Absence de sursis à exécution », *Procédures* 2011, comm. 128. Voir antérieurement sur cette question : Ph. Gerbay, « Arrêt d'exécution provisoire ou sursis à exécution de l'astreinte liquidée ? », *Procédures* 2009, étude 8. On pourrait également se demander, en cas d'admission des dommages et intérêts punitifs, s'il conviendrait par principe, à l'image de ce que semble connaître le droit québécois, d'admettre la cessibilité du droit aux dommages et intérêts punitifs. Voir notamment J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore, *La responsabilité civile*, vol. 1, *op. cit.*, n° 1-400. En tout état de cause, si une telle cession était admise antérieurement au jugement de condamnation, il conviendrait sans doute de neutraliser la possibilité de retrait litigieux (C. civ., art. 1699), sauf à permettre à la personne poursuivie d'échapper à moindre coup à la condamnation.

condamnation dans une limite de 1 500 euros³²⁹³. De plus, les amendes pénales bénéficient de plusieurs dispositions spécifiques destinées à assurer leur recouvrement³²⁹⁴. A s'en tenir aux principaux éléments de ce régime, le recouvrement des amendes pénales « est garanti, d'une part, par le privilège général sur les meubles prévu à l'article 1920, d'autre part, par l'hypothèque légale prévue à l'article 1929 ter » du Code général des impôts³²⁹⁵. En outre, les articles 749 et suivants du Code de procédure pénale autorise le juge de l'application des peines à prononcer, en cas d'inexécution d'une « amende prononcée [...] en matière criminelle ou en matière correctionnelle pour un délit puni d'une peine d'emprisonnement, y compris en cas d'inexécution volontaire de condamnations à des amendes fiscales ou douanières »³²⁹⁶, une contrainte judiciaire, c'est-à-dire une mesure privative de liberté³²⁹⁷, d'une durée maximum proportionnelle au montant de l'amende³²⁹⁸.

830. Le refus d'application aux amendes civiles. Ces différentes dispositions sont-elles applicables aux amendes civiles ? Plusieurs éléments rendent la question légitime. D'une part, l'article R. 144-10 du Code de la sécurité sociale prévoit, en cas de recours abusifs ou dilatoires en matière de contentieux de la sécurité sociale, la possibilité de prononcer « une amende au taux prévu à l'article 559 du Code de procédure civile », c'est-à-dire l'amende civile pour procédure abusive. Or, le dernier alinéa de l'article R. 144-10 dispose que « le produit des [...] amendes prévu[e]s aux alinéas précédents est liquidé par la juridiction saisie et recouvré comme les amendes pénales prononcées par les tribunaux répressifs ». D'autre part, le fait que l'article 749 vise le cas des amendes fiscales, qui ne constituent pas à proprement parler des amendes pénales, n'invite-t-il pas à étendre la solution aux amendes civiles ?

Plusieurs éléments s'y opposent. D'une part, et même s'agissant de l'amende édictée à l'article R. 144-10 du Code de la sécurité sociale, aucune contrainte judiciaire ne semble pouvoir être prononcée en matière d'amende civile. En effet, même si le régime des amendes pénales était transposé aux amendes civiles, la contrainte judiciaire n'est possible que lorsque l'amende est infligée en réaction à une infraction réprimée

³²⁹³ CPP, art. 707-3.

³²⁹⁴ J.-Y. Lassalle, « Amende pénale et jour-amende », art. préc., n° 54 et s..

³²⁹⁵ CGI, art. 1018 A, al. 9.

³²⁹⁶ CPP, art. 749.

³²⁹⁷ Sur la notion de contrainte judiciaire et son régime : S. Detraz, « Art. 749 à 762 – Fasc. 20 : contrainte judiciaire », in *J.-Cl. Procédure pénale*, LexisNexis, 2016 (actualisation mai 2017).

³²⁹⁸ CPP, art. 750.

par une peine privative de liberté, condition qui ne saurait être remplie s'agissant d'une amende civile. La référence aux amendes fiscales ne doit de ce point de vue pas tromper. En dépit de l'imprécision du texte, la Cour de cassation considère que la contrainte judiciaire n'est applicable qu'en matière de délits fiscaux et non aux amendes fiscales infligées par voie administrative³²⁹⁹. D'autre part, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, y compris en matière de procédure, paraît interdire l'application d'un raisonnement par analogie³³⁰⁰.

831. La solution retenue³³⁰¹. Selon quelles modalités peuvent alors être recouvrées les amendes civiles ? Cette question fait l'objet de dispositions textuelles expresses. Anciennement, l'article 76 du décret du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique³³⁰² disposait : « Les condamnations pécuniaires comprennent : Les amendes pénales, *civiles* et administratives et certaines amendes fiscales » (nous soulignons). Cet article a été abrogé par le décret du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique³³⁰³ dont les articles 108 et suivants régissent désormais expressément le recouvrement des amendes civiles³³⁰⁴. Le décret est toutefois quelque peu avare de précision, l'article 109 précisant simplement que « Le recouvrement des amendes et condamnations pécuniaires est poursuivi contre les condamnés, les débiteurs solidaires, les personnes civilement responsables et leurs ayants cause par toute voie d'exécution forcée autorisée par la loi ». Les amendes civiles ne bénéficiant, à la différence des amendes pénales, pas d'un texte aménageant l'application de garanties particulières, il faut sans doute conclure que l'État ne bénéficie que des moyens relatifs au recouvrement des créances publiques ordinaires³³⁰⁵.

2 – Les difficultés temporelles et les sanctions pécuniaires civiles

³²⁹⁹ S. Detraz, « Art. 749 à 762 – Fasc. 20 : contrainte judiciaire », art. préc., n° 53. Voir par exemple : Crim., 27 sept. 2006, n° 05-87.162, « Abrogation de la contrainte par corps en matière fiscale et conditions d'application de la contrainte judiciaire », *Dr. fisc.* 2007, comm. 687.

³³⁰⁰ On peut d'ailleurs remarquer que les amendes administratives ne peuvent donner lieu à la mise en œuvre d'une contrainte judiciaire : S. Detraz, « Art. 749 à 762 – Fasc. 20 : contrainte judiciaire », art. préc., n° 54.

³³⁰¹ Sur l'organisation par l'auteur du comportement de son insolvabilité en vue d'échapper à la sanction : *cf. supra*, n° 416.

³³⁰² Décret n° 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique.

³³⁰³ Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique.

³³⁰⁴ Décret n° 2012-1246 du 7 novembre 2012 relatif à la gestion budgétaire et comptable publique, art. 108, 1°.

³³⁰⁵ A. Taillefait, « Fasc. 114-10 : Recouvrement des créances publiques ordinaires », *J-Cl. administratif*, LexisNexis, 2019.

832. L'identification des difficultés. Du point de vue de l'analyse temporelle de la sanction, deux difficultés particulières peuvent se poser. Indépendamment de la prescription de l'action tendant au prononcé de la sanction³³⁰⁶, la sanction elle-même, une fois prononcée, est susceptible d'être atteinte par la prescription lorsqu'elle n'est pas recouvrée durant un certain temps (a). De façon plus spécifique, certaines difficultés spécifiques au droit des entreprises en difficultés doivent être envisagées (b).

a – La prescription des sanctions pécuniaires civiles.

833. La prescription de la sanction prononcée au titre d'une peine pécuniaire privée épousant sans difficulté les règles communes du droit civil, les incertitudes concernent, là encore, principalement la situation des amendes civiles.

Les amendes pénales sont soumises aux règles spécifiques à la prescription des peines³³⁰⁷, laquelle a pour effet d'en empêcher l'exécution³³⁰⁸. La prescription des sanctions pénales dépend de la nature de l'infraction : elle est de vingt ans pour les crimes³³⁰⁹, six ans pour les délits³³¹⁰ et de trois ans pour les contraventions³³¹¹. Ces différentes dispositions ne pouvant s'appliquer, il y a sans doute lieu de rechercher dans les règles régissant le recouvrement des créances publiques ordinaires les règles entourant la prescription des amendes civiles. En dépit du fait que la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile ait expressément exclu son application aux créances publiques, l'application de principe du délai de droit commun à ces créances semble certaine. Ainsi, en l'absence de disposition spécifique, il convient de considérer que la prescription des amendes civiles prononcées connaît un délai de cinq ans à partir du prononcé de la sanction, sous réserve des différentes causes d'interruption ou de suspension pouvant être relevées³³¹².

³³⁰⁶ Cf *supra*, n° 730 et s..

³³⁰⁷ C. Chainais (dir.), *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, préc., p. 299 ; L. Griffon-Yarza, « Prescription de la peine », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

³³⁰⁸ CP, art. 133-1.

³³⁰⁹ CP, art. 133-2.

³³¹⁰ CP, art. 133-3.

³³¹¹ CP, art. 133-4.

³³¹² Cf *supra*, n° 745 et s..

b – Les sanctions pécuniaires civiles et le droit des entreprises en difficulté.

834. Les sanctions pécuniaires civiles et la date de naissance des créances.

La question de la date de naissance des créances présente une importance particulière en droit des entreprises en difficulté, emportant distinction entre les créanciers antérieurs et postérieurs³³¹³. En particulier, que ce soit dans une procédure de sauvegarde³³¹⁴, de redressement³³¹⁵ ou de liquidation judiciaire³³¹⁶, les créanciers antérieurs doivent déclarer leurs créances à la procédure³³¹⁷. L'évolution de la sanction de cette absence de déclaration, anciennement la nullité, a soulevé certaines incertitudes³³¹⁸. En dépit d'une certaine maladresse de rédaction de l'ordonnance du 18 décembre 2008³³¹⁹, pourtant censée clarifier cette question, il est généralement admis que l'absence de déclaration rend la créance inopposable non-seulement au débiteur³³²⁰, pendant l'exécution du plan et postérieurement si les engagements ont été tenus, mais aussi à l'ensemble de la procédure³³²¹.

Malgré un mutisme du Code sur ce point, la question de la naissance des créances en matière de procédure collective se rapporte à celle de leur fait générateur³³²². Énoncé plus clairement « est postérieure au jugement d'ouverture la créance dont le fait générateur est postérieur à cette date »³³²³. La date de naissance des créances extracontractuelles pose de ce point de vue des difficultés particulières³³²⁴. Plusieurs dates sont en effet susceptibles d'être retenues. Lorsque la question se pose en matière de responsabilité civile extracontractuelle, la date prise en considération doit-elle être celle où l'ensemble des conditions de la responsabilité ont été réunies,

³³¹³ C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA* 2004/224, p. 11, n° 1.

³³¹⁴ F. Macorig-Venier, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2013 (actualisation janv. 2020), n° 15. Voir par exemple : C. com., art. L. 622-24 à L. 622-27.

³³¹⁵ C. com., art. L. 631-14.

³³¹⁶ C. com., art. L. 641-3, al. 4.

³³¹⁷ Sur l'extension de l'obligation à certaines créances postérieures : F. Macorig-Venier, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », art. préc., n° 54 et s..

³³¹⁸ F. Macorig-Venier, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », art. préc., n° 109 et s..

³³¹⁹ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté. Les textes ont par la suite été modifiées par l'article 29 de l'ordonnance n°2014-326 du 12 mars 2014 portant réforme de la prévention des difficultés des entreprises et des procédures collectives.

³³²⁰ Voir par exemple : C. com., art. L 622-26, al. 2.

³³²¹ Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009, 1409, n° 31 et s..

³³²² C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », art. préc., n° 2.

³³²³ C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », art. préc., n° 6.

³³²⁴ C. Saint-Alary-Houin, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », Paris, 10^{ème} éd., 2016, n° 673.

autrement dit la date du dommage ? Faut-il à l'inverse considérer que la créance ne naît qu'au jour où elle est reconnue par le juge ?³³²⁵ On peut par ailleurs se demander si ces solutions doivent être transposées aux sanctions pécuniaires civiles. En l'absence d'une fonction indemnitaire nécessaire, y a-t-il alors lieu de tenir compte de la date du fait réprimé ou du jour où la sanction est prononcée ? On retrouve là un enjeu particulier du caractère déclaratif ou constitutif du jugement³³²⁶.

835. Les incertitudes des solutions retenues. Concernant les entreprises en difficultés, les solutions sont marquées par de relatives incertitudes. En matière d'amendes pénales, la Chambre commerciale de la Cour de cassation avait, dans un arrêt du 14 janvier 2004, approuvé une cour d'appel d'« avoir énoncé que les sanctions pécuniaires répressives naissent avec la décision constitutive qui les prononce même si les faits réprimés sont antérieurs au jugement d'ouverture »³³²⁷. Une relative incertitude entoure toutefois cette solution, dès lors que la Chambre criminelle a, pour sa part, affirmé, au sujet d'amendes et confiscations douanières, que la date de naissance de la créance était à placer au jour du fait réprimé³³²⁸.

Les solutions retenues au sujet de mesures répressives extra-pénales ne permettent pas forcément de lever ces incertitudes. Alors que la date de naissance de la créance d'astreinte est fixée à la date où l'obligation de faire a été imposée au débiteur³³²⁹, la Chambre commerciale avait considéré, au sujet des sanctions administratives infligées en matière de concurrence, que la date de naissance de la créance devait être fixée au jour du prononcé de l'amende, peu important la date des faits³³³⁰.

836. Conclusion et proposition. Les doutes entourant cette question semblent interdire toute conclusion certaine. À suivre la position de la Chambre commerciale de

³³²⁵ Sur les solutions classiques en matière de responsabilité extracontractuelle : C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », art. préc., n° 13 et s..

³³²⁶ C. Souweine, « Procédures collectives : le régime des condamnations pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence », *D.* 1998.264.

³³²⁷ Com., 14 janv. 2004, n° 01-10.107.

³³²⁸ Crim., 5 févr. 1998, n° 96-85.596.

³³²⁹ Com., 26 mars 2013, n° 06-10.602, « La créance d'astreinte naît de l'obligation de faire mise à la charge du débiteur », Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales, 2013, alerte 102.

³³³⁰ Com., 4 mars 1997, n° 92-21.785, M. Cabrillac, Ph. Pétel, « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises », *JCP E* 1997, 681, n° 43 ; A. Martin-Serf, « Article 40. Sanction pécuniaire prononcée par le Conseil de la concurrence après le jugement d'ouverture pour des pratiques antérieures, Trésor public, Arrêt des poursuites individuelles (non), Obligation de déclaration (non) », *RTD com.* 1998.944 ; C. Souweine, « Procédures collectives : le régime des condamnations pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence », art. préc..

la Cour de cassation, spécialement celle affirmée en matière d'amendes administratives, il y aurait toutefois lieu, à propos des sanctions pécuniaires civiles, de considérer que la date de naissance de la créance a lieu au jour du jugement de condamnation³³³¹. Une telle solution, tout en étant défavorable aux autres créanciers, irait de plus dans le sens d'une effectivité accrue de la sanction. Elle ne pourrait toutefois s'expliquer que par la reconnaissance du caractère constitutif du jugement prononçant une sanction pécuniaire civile, plus spécifiquement une amende civile. Il faudrait autrement, au côté d'un auteur, dénoncer la confusion opérée par les magistrats entre date de naissance de la créance et date d'exigibilité ou de sanction de celle-ci³³³².

*

* *

837. Conclusion de chapitre. La spécificité des comportements actuellement réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles rend en partie délicate l'analyse des conditions, formelles et de fond, devant entourer la condamnation à de telles sanctions. Les peines pécuniaires privées, au moins lorsqu'elles sont socialement prévues de façon abstraite, se rencontrent de façon marginale en droit positif. Quant aux amendes civiles, bien qu'elles soient davantage développées, les hypothèses spécifiques de recours à ce mécanisme conduisent à ce que certaines questions pourtant potentiellement centrales du régime de ces mécanismes n'ont jamais, ou presque, eu à être résolues en pratique. Peu satisfaisante en elle-même, une telle situation ne paraît plus admissible alors que les manifestations de cette sanction ainsi que les projets envisageant d'y recourir se multiplient. Des précisions paraissent alors nécessaires, que ce soit au stade de la déclaration de culpabilité ou quant aux conséquences de cette déclaration.

Plusieurs éléments paraissent essentiels à la déclaration de culpabilité. Du point de vue des éléments constitutifs du comportement, aucune vision d'ensemble des

³³³¹ Une telle solution semblerait d'autant plus logique concernant les amendes civiles pour procédure abusive, que la date de naissance des dommages et intérêts prononcés pour abus de droit d'agir en justice est fixée par la Cour de cassation au jour de la décision : Com. 11 juin 2003, n° 00-21-775, A. Martin-Serf, « La créance de dommages-intérêts pour procédure abusive entre dans les prévisions de l'article 40 de la loi de 1985 (C. com., art. L. 621-32) lorsque le jugement qui prononce la condamnation est postérieur au jugement d'ouverture », *RTD com.* 2004.158.

³³³² C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », art. préc., n° 15 et 16.

sanctions pécuniaires civiles ne semble se dégager, que ce soit en droit positif ou à travers les différents projets visant à une généralisation de ces sanctions. Sans nécessairement s'y conformer en tout point, un regard vers le droit pénal, droit naturel de la répression, semble utile. La relative imprécision de certains comportements réprimés au moyen de sanctions pécuniaires civiles, spécialement d'amendes civiles, rend certes difficile une lecture de l'« élément matériel » au regard des classifications pénales. Une telle approche semble pourtant utile, ne serait-ce que pour mieux cerner les comportements réprimés et ainsi éviter de retenir une conception trop extensive³³³³.

Le même constat peut être dressé concernant l'« élément moral ». La disparité des différentes sanctions existantes ne paraît pas permettre de dégager une règle commune. Le nombre relativement limité de cas dans lesquels des sanctions pécuniaires civiles sont actuellement consacrées justifie pour l'heure une telle incertitude. Elle rend cependant nécessaire de porter une attention particulière, lors de la rédaction des textes d'« incrimination », sur l'état d'esprit attendu pour justifier la répression.

Au sujet des éléments extérieurs au comportement réprimé, plusieurs questions essentielles sont affectées d'incertitudes. De façon globale, il semble que le tropisme vers les solutions retenues en droit pénal doit être particulièrement important sur ce point. La dimension répressive des mécanismes étudiés conduit en effet à considérer que leur prononcé n'est justifié que lorsque l'auteur du comportement, ou de l'abstention, était maître de ses actes, tant du fait de ses capacités personnelles que des circonstances extérieures.

Enfin, du point de vue du constat des éléments constitutifs, les incertitudes semblent beaucoup plus limitées, les solutions retenues en droit civil et en droit pénal étant sensiblement similaires. À titre principal, il semble que les règles relatives à la présomption d'innocence devraient, au moins lorsque la sanction pécuniaire civile relève de la matière pénale ou des sanctions ayant le caractère d'une punition.

838. Quant aux conséquences de la déclaration de culpabilité, les difficultés semblent multiples. Au stade du prononcé, il importe de définir des critères d'adaptation du *quantum* de la sanction de sorte que celle-ci corresponde au mieux aux

³³³³ Sur la nécessité de retenir une interprétation stricte, même en présence de mécanismes de répression extrapénaux : *supra*, n° 605.

fonctions qui lui sont assignées. Indépendamment des critères ainsi retenus, la motivation de la sanction, dont le développement ne semble pas parfaitement achevé, semble capitale afin que la personne réprimée mais aussi l'ensemble des justiciables puissent comprendre la sanction et en tenir compte utilement. De plus, au stade de l'exécution de la sanction, des différences apparaissent entre sanctions pécuniaires publiques et privées. Certes, la dimension répressive de ces mesures conduit sans doute à devoir rejeter par principe l'assurabilité de la sanction et pourrait conduire à retenir des solutions similaires quant à la détermination du moment de naissance de la créance au regard du droit des procédures collectives. Au-delà, les voies de recouvrement des sanctions paraissent différer en principe, les peines pécuniaires privées étant soumises au régime des créances civiles là où les amendes civiles appellent un régime particulier.

839. Conclusion de titre. Il ne semble ni possible ni opportun de se livrer ici à une reprise de l'ensemble des aspects de régime envisagés. Une synthèse des principales tendances semblent en revanche possible. Alors qu'au stade de la déclaration de culpabilité amende civile et peines pécuniaires privées paraissent devoir être soumises à un régime commun, l'affectation particulière du produit de la sanction conduit à des différences procédurales importantes, que ce soit au stade du déclenchement de l'action ou au stade du recouvrement. De ce point de vue, l'attribution du produit des peines pécuniaires privées à la personne privée dont les intérêts ont été directement atteints par le comportement réprimé rend, dans l'ensemble, transposables les solutions retenues en droit civil.

Un tel élément ne doit pourtant pas nécessairement être perçu comme une supériorité des peines pécuniaires privées par rapport aux amendes civiles. Au-delà des critiques adressées à ces dernières sur le plan du principe de réparation intégrale³³³⁴, la tension du mécanisme entre un fonctionnement civil normal et la recherche d'un but dissuasif ou répressif rend difficilement solubles certaines difficultés de régime, ce dont témoigne particulièrement la question de la prescription de l'action³³³⁵. On ne saurait nier l'intérêt que présente l'incitation de la victime à agir du fait que celle-ci bénéficie du produit de la sanction³³³⁶. Il semble toutefois, de façon générale, que les difficultés d'adaptation des peines pécuniaires privées à la poursuite d'une fonction

³³³⁴ Cf *supra*, n° 68, 123, 177 et 212.

³³³⁵ Cf *supra*, n° 737 et s..

³³³⁶ Cf *supra*, n° 414.

répressive ainsi que l'ambivalence inhérente à ces sanctions tendent à faire des amendes civiles une catégorie de sanction plus adaptée au regard des raisons de recourir aux sanctions pécuniaires civiles³³³⁷.

840. Conclusion de partie. Les difficultés soulevées par l'étude du régime des sanctions pécuniaires civiles apparaissent variables selon le type de sanction considéré. Le régime des astreintes et des clauses pénales, mécanismes bien ancrés en droit positif, ne présente pas de difficultés majeures et n'a pas nécessité de développements aussi approfondis que pour d'autres sanctions.

L'étude des amendes civiles et des dommages et intérêts punitifs se révèle en revanche plus complexe. Ces derniers n'étant pas, ou quasiment pas, admis en droit positif, l'étude de leur régime est, à tous les stades, placée sous le signe de l'incertitude. Quant aux amendes civiles, la disparité de ces sanctions ainsi que l'absence de vision d'ensemble présidant à leur recours obligent à la prudence.

Tel est spécialement le cas au sujet des règles supralégislatives applicables à ces sanctions. Il apparaît aujourd'hui qu'une part importante des amendes civiles existantes doivent être soumises, même de façon atténuée, aux principes directeurs du droit pénal. Il devrait en aller de même dans l'hypothèse d'une consécration officielle de dommages et intérêts punitifs en droit français, si bien qu'il ne semble pas possible de prêter à ces deux types de sanctions la souplesse que certains projets de réforme ont voulu leur conférer. On ne saurait nier qu'en certaines hypothèses cependant, les spécificités de certaines manifestations de ces sanctions pourraient les faire échapper aux différents principes applicables aux sanctions pénales.

La soumission d'une part importante des mécanismes étudiés à des règles supralégislatives relativement strictes n'efface pas l'intérêt de l'étude du régime concret de ces sanctions. Alors qu'un régime général des amendes civiles et des dommages et intérêts punitifs sur un plan substantiel peut être identifié, les aspects procéduraux de ces sanctions semblent à l'inverse rétifs à une unification. Sans revenir en détail sur les différents aspects de ces différences, ces dernières semblent, tant concernant la logique que l'efficacité des mécanismes répressifs, conduire à préférer les amendes civiles aux dommages et intérêts punitifs.

³³³⁷ Cf *supra*, n° 331 et s..

Conclusion

841. Un constat inquiétant. À l'orée de cette étude se trouve un constat, celui d'une inquiétude, largement partagée, quant aux moyens d'assurer le respect des règles juridiques. Face à une telle préoccupation, incontestablement légitime en son principe, plusieurs solutions pourraient être envisagées. Le constat est classique : le non-respect des règles juridiques tient largement à un affaiblissement des autres systèmes normatifs, notamment la morale, et à une inflation corrélative du champ couvert par le droit. Tant la force symbolique de l'interdit juridique, que les possibilités matérielles d'assurer son respect en sortent diminuées. Les réponses à un tel mouvement pouvaient sembler devoir être extra-juridiques : redéfinitions de valeurs communes suscitant l'adhésion et l'autorégulation des individus, politiques d'éducation visant à transmettre les bases d'une instruction civique, *etc.* Il pourrait en effet sembler préférable de revitaliser les autres systèmes normatifs. Sans doute parce que ces solutions sont jugées peu réalistes, le renforcement des sanctions juridiques est largement envisagé afin de dissuader et au besoin réprimer les manquements. Certes, toute sanction, au sens de réaction de l'ordre juridique à une illicéité, présente une dimension prophylactique. Cependant, les mesures punitives sont particulièrement envisagées, dès lors que celles-ci ne sont pas contraintes par les mêmes impératifs que les mesures visant une remise en l'état. Face à ce besoin, réel ou fantasmé, de répression, le droit pénal a semblé insuffisant au législateur, expliquant une extension des peines au-delà de leur berceau naturel.

842. Le rappel des difficultés envisagées. Les mesures privatives de libertés étant *a priori* toujours limitées au droit pénal, c'est principalement une forme monétaire qu'ont pris les manifestations civiles de cette répression renouvelée. Cette forme est qualifiée au sein de la présente étude de *sanctions pécuniaires civiles*. Inspirés de mécanismes de responsabilité civile étrangers, présentant une analogie au moins apparente avec les sanctions classiques de la responsabilité civile, les dommages et intérêts punitifs peuvent sembler se rattacher, quoique de façon contestable, à ce domaine du droit. L'apparence est toutefois rompue avec l'amende civile qui, non-

contente d'avoir les faveurs d'une partie de la doctrine et des projets de réforme actuels, connaît plusieurs manifestations en droit positif. Ces observations se révélant contraires aux classifications juridiques habituelles, elles avaient principalement suscité trois séries d'interrogation.

843. Le caractère civil des sanctions pécuniaires. La première interrogation concerne le sens à accorder au caractère civil des sanctions étudiées. Une difficulté particulière se présente néanmoins dans la recherche d'une réponse à cette interrogation : tant la notion d'amende civile que celle de peine privée, même limitée pour cette seconde aux peines pécuniaires, sont affectés par des incertitudes qu'il convenait de lever avant toute étude approfondie.

Les amendes civiles constituent un mécanisme ancien, certaines manifestations de cette sanction datant de plus de deux siècles. Le caractère classique du mécanisme n'en ôte toutefois pas les difficultés d'analyse, ce pour plusieurs raisons. D'abord, jusqu'à une période récente, les études d'ensemble de l'amende civile paraissaient quasi-inexistantes. Ensuite, et de façon complémentaire, le développement historique des amendes civiles semble d'avantage avoir procédé de volontés ponctuelles d'écarter certains aspects de la répression pénale que d'une réflexion d'ensemble sur le sens de cette catégorie de sanction. Enfin, alors que les manifestations historiques des amendes civiles étaient cantonnées à la répression de certains comportements, notamment en matière de procédure civile, ou concernant le non-respect pas des officiers civils de formalités leur étant imposées, les recours à cette sanction se sont progressivement multipliés, d'abord en matière d'urbanisme et de construction puis en matière économique. De ces différents éléments résultait une incertitude, tant sur les éléments d'identification des amendes civiles, que sur leur définition. Au terme d'une analyse des différents cas actuellement qualifiés d'amende civile, il a été proposé de définir cette dernière comme *l'amende prononcée par une juridiction en réponse à un comportement ou une abstention prévus par un texte et qui, non constitutifs d'une infraction pénale, n'entraînent pas par principe l'application de l'ensemble des règles régissant les amendes pénales*³³³⁸.

Quant aux peines pécuniaires privées, les incertitudes portaient à la fois sur les critères d'identification et sur les fonctions de ces sanctions. Au sujet de

³³³⁸ Cf *supra*, n° 81.

l'identification, les peines pécuniaires privées peuvent être décrites comme *la sanction pécuniaire d'une norme civile, poursuivant nécessairement une fonction punitive et dont le produit est attribué à la victime*. Au sujet des fonctions, la doctrine s'oppose entre une conception mixte, en vertu de laquelle les peines privées présenteraient à la fois des fonctions répressive et indemnitaire, et une conception unitaire, selon laquelle les peines privées ne présenteraient qu'une fonction punitive. Cette seconde conception, si elle semble plus satisfaisante, doit toutefois être précisée. Alors que les peines privées ne poursuivent de façon nécessaire qu'une fonction punitive, il n'est toutefois pas exclu que certaines catégories de peines pécuniaires privées poursuivent, nécessairement ou accidentellement, une fonction indemnitaire.

844. De ce fait, l'analyse du rattachement des amendes civiles et des peines pécuniaires privées au droit civil se présente, en partie, sous un jour différent. Que ce soit du point de vue du comportement réprimé ou de la sanction considérée en elle-même, le rattachement au droit civil des amendes éponymes est indubitablement artificiel : celles-ci participent en tout point d'une logique pénale. La qualification civile du mécanisme correspond alors simplement à une volonté du législateur d'écarter certaines caractéristiques de la répression pénale *stricto sensu*. La situation des peines pécuniaires civiles est moins tranchée. D'une part, la possibilité que celles-ci poursuivent une fonction indemnitaire permet, au moins concernant les manifestations de ces peines remplissant nécessairement une telle fonction, de justifier leur rattachement au droit civil. D'autre part, l'origine spécifique de certaines de ces peines, dans l'hypothèse des clauses pénales, conduit à admettre exceptionnellement que l'intérêt justifiant la répression est un intérêt privé, ce qui paraît là encore de nature à justifier le caractère civil de la mesure. En revanche, lorsque la sanction considérée consiste en une mesure purement répressive socialement prévue, la différence avec les amendes civiles, ne tenant qu'à l'affectation du produit de la sanction, paraît purement formel si bien qu'il y a alors lieu de transposer à ces mesures les conclusions dressées au sujet des amendes civiles.

845. L'utilité des sanctions pécuniaires civiles. L'artificialité du rattachement au droit civil des sanctions étudiées peut faire douter de la pertinence du principe même d'une répression civile. Il convenait toutefois de s'intéresser de façon plus poussée aux raisons pouvant venir au soutien d'une telle solution. Le droit pénal étant, par essence, le domaine du droit en charge d'assurer la répression des

justiciables, la justification du recours aux sanctions pécuniaires civiles suppose de démontrer l'inaptitude du droit pénal à assurer la répression de l'ensemble des règles juridiques. Au soutien d'une telle démonstration on peut invoquer les différents arguments avancés en faveur des différents projets de dépenalisation qu'ont connus ces dernières années différentes branches du droit, spécialement dans des domaines techniques. Sans revenir sur le détail de cette argumentation, il n'est pas contestable que la dépenalisation effectuée au profit de sanctions pécuniaires civiles ne correspond pas toujours, au moins en pratique, à un allègement de la répression. Plusieurs avantages peuvent toutefois être reconnus aux sanctions pécuniaires civiles : compétence de juges spécialisés, plus grand respect des garanties des droits que celles existantes devant une part des autorités administratives dotées d'un pouvoir de sanction, concentration de certains litiges, *etc.* De façon plus générale, quoique de façon mesurée, la répression civile peut offrir une plus grande souplesse que la répression pénale sans porter atteinte aux principes directeurs du droit pénal. De façon plus profonde, une redéfinition plus nette des comportements justifiant le recours à des sanctions pécuniaires civiles pourrait, à terme, permettre au droit pénal de se recentrer sur la répression des comportements jugés les plus attentatoires aux intérêts de la société. Cela aurait pour avantage de restaurer pleinement la fonction expressive, symbolique, de ce droit. L'importance des réformes que supposerait une telle réorganisation rend toutefois peu probable sa mise en œuvre dans un avenir proche.

À côté de ces éléments conduisant à rejeter la voie pénale pour réprimer certains comportements s'ajoute l'insuffisance normative de la responsabilité civile lorsque celle-ci est mise en œuvre. Le constat est classique, si bien qu'il ne paraissait pas nécessaire d'y revenir longuement. Le développement de la dimension indemnitaire de la responsabilité civile couplé à la collectivisation de la prise en charge des dommages ont largement conduit à effacer la dimension prophylactique de la responsabilité civile. Cette dimension permettait pourtant à celle-ci de jouer un rôle complémentaire de la responsabilité pénale dans la dissuasion et la répression des comportements antisociaux.

846. À ces constats s'ajoute qu'aucune solution alternative au recours aux sanctions pécuniaires civiles ne semble pleinement satisfaisante au regard des objectifs poursuivis. En particulier, le recours à des sanctions pécuniaires civiles présente de nombreux avantages afin de parvenir à une régulation globale des comportements.

Cette catégorie spécifique de sanction réalise en effet un équilibre difficilement surpassable entre la généralité des comportements pouvant être visés par ce type de sanction et l'efficacité des sanctions d'un point de vue dissuasif et répressif.

Moins attentatoires à la structure d'ensemble du système juridique, les aménagements de la responsabilité civile, s'ils peuvent se révéler utiles, présentent des limites évidentes. L'action de groupe, tout en permettant une mise en œuvre de la responsabilité civile dans des hypothèses où celle-ci serait restée lettre morte poursuit des finalités toujours débattues. Une telle action ne permet, en toute hypothèse, que de renforcer l'effectivité de l'action en responsabilité civile et non de dépasser les critiques lui étant adressées sur un plan normatif.

La confiscation des profits illicites présente, pour sa part, des attraits indéniables. Le caractère non répressif de la mesure permet de lui conférer une portée générale, évitant ainsi que cette sanction puisse être contournée par l'habileté de certains justiciables. De plus, participant d'une remise en l'état, elle correspond à la logique d'ensemble de la responsabilité civile, permettant un rattachement moins artificiel à cette dernière. Toutefois, une telle confiscation, précisément parce qu'elle n'est pas répressive, ne saurait toujours produire un effet prophylactique satisfaisant. En particulier, en présence de fautes conscientes visant à retirer un profit, une telle sanction ne s'avèrera pas toujours dissuasive, l'auteur du comportement n'ayant d'une certaine façon « rien à perdre » à commettre de telles fautes.

847. Repenser le régime des sanctions pécuniaires civiles. Que l'on soit ou non convaincu par l'ensemble des arguments avancés en faveur du recours aux sanctions pécuniaires civiles, le simple fait que le législateur y recoure rendait inenvisageable d'exclure l'étude du régime des sanctions pécuniaires civiles. De ce point de vue, il convenait de distinguer les règles encadrant le recours aux sanctions pécuniaires civiles, autrement dit les règles supralégislatives encadrant les comportements susceptibles d'être réprimés ou les sanctions susceptibles d'être infligées, et le régime concret de ces sanctions.

848. Des sanctions encadrées. La dimension répressive des sanctions pécuniaires civiles rendait nécessaire de déterminer si les règles, particulièrement contraignante, qui encadrent le recours au droit pénal trouvent à s'y appliquer. Tant les règles supralégislatives d'origine européenne que constitutionnelle trouvent en effet à

s'appliquer au-delà des frontières du droit pénal entendu strictement. En dépit des incertitudes affectant la portée exacte de cette extension, la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel ont eu l'occasion d'affirmer l'application de ces règles à certaines amendes civiles. Plusieurs incertitudes demeurent toutefois, notamment en raison de la réticence des juridictions judiciaires et administratives à appliquer ces règles supralégislatives à d'autres sanctions pécuniaires civiles, notamment les astreintes et les amendes civiles de procédure. Tout en admettant que certaines sanctions pécuniaires civiles, notamment les amendes civiles applicables aux officiers d'état civil, échappent sans doute à la matière pénale ou à la qualification de sanctions ayant le caractère d'une punition, il faut sans doute considérer que la majorité des sanctions pécuniaires civiles sont soumises aux principes directeurs du droit pénal. Une atténuation de ces principes, appliqués hors du droit pénal *stricto sensu* est certes envisageable ; elle ne permet pourtant pas de les écarter totalement, imposant notamment un respect du principe de légalité des délits et des peines ainsi que du principe de proportionnalité. L'application cumulée de ces différents principes interdit clairement selon nous d'instaurer un mécanisme de répression détaché de tout élément matériel, à l'image de ce que proposent plusieurs projets de réforme du droit de la responsabilité civile et notamment les projets ministériels.

Au titre de l'application du principe de proportionnalité aux sanctions prononcées, la question de l'application du principe *ne bis in idem* se pose particulièrement. Le cumul des procédures répressives doit à la fois être envisagé vis-à-vis des sanctions pénales ou des autres mesures répressives extra-pénales. Sans revenir à ce stade sur les incertitudes des jurisprudences, tant européennes que constitutionnelles, il paraît nécessaire de repenser l'articulation entre les différentes mesures répressives susceptibles de s'appliquer à un même comportement. De ce point de vue, le système le plus satisfaisant semble reposer sur une attention portée quant à la rédaction des textes d'« incrimination » de façon à éviter au maximum une superposition des cas dans lesquels plusieurs peines sont encourues pour un même comportement. Une telle superposition paraissant parfois inévitable, une articulation procédurale des poursuites doit alors être envisagée afin d'éviter de contrevenir aux exigences européennes et constitutionnelles en la matière.

849. Un régime général partiellement définissable. Au-delà de l'encadrement du recours aux sanctions pécuniaires civiles auquel conduisent ces

règles, plusieurs aspects concrets du régime des sanctions pécuniaires civiles méritaient d'être discuté. Alors que le régime des astreintes et des clauses pénales est, dans l'ensemble, bien connu, celui des dommages et intérêts punitifs et des amendes civiles présente plusieurs points d'incertitudes. Un tel constat pourrait surprendre alors même que les amendes civiles connaissent plusieurs manifestations en droit positif. Les cas particuliers dans lesquels des amendes civiles sont actuellement prévues ont cependant permis d'ignorer plusieurs questions qui, face à l'extension progressive des hypothèses de recours au mécanisme, paraissent désormais essentielles.

De façon générale, plusieurs aspects du régime des sanctions pécuniaires civiles, notamment sur des aspects procéduraux, ne paraissent pas pouvoir recevoir de solutions uniformes à l'ensemble des sanctions étudiées, principalement en raison de certaines différences entre amendes civiles et peines pécuniaires privées. Alors que ces différences rendent plus aisées la transposition de solutions appliquées en matière de responsabilité civile aux secondes, l'adoption d'un régime nécessaire à l'efficacité et à la cohérence de mesures répressives paraît plus aisément réalisable à l'égard des amendes civiles, incitant de façon générale à préférer ce type de sanctions.

850. Les propositions de textes. Cette conclusion ne saurait être le lieu d'un rappel exhaustif des différents éléments de régime envisagés. Plusieurs propositions réalisées au cours de cette étude supposant l'adoption de nouveaux textes ou des modifications de textes existants, il semble en revanche opportun de tenter, au terme de ce travail, de formuler sous forme de propositions de textes certaines des suggestions effectuées. Pour au moins deux raisons, ces propositions seront centrées sur le régime des amendes civiles. Tout d'abord, alors que les manifestations qualifiables de dommages et intérêts punitifs sont, en droit positif, marginales, plusieurs manifestations d'amendes civiles existent. Ensuite, tant la préférence à laquelle nous avons conclu en faveur des amendes civiles par rapport aux dommages et intérêts punitifs, que le fait que ces amendes nécessitent une plus grande adaptation de leur régime conduisent à centrer sur celui-ci les présentes propositions. À l'exception des règles affectant l'exercice de l'action ou le recouvrement de la sanction, les règles proposées seraient toutefois transposables dans l'hypothèse d'une consécration de dommages et intérêts punitifs. Concernant l'exercice de l'action ou le recouvrement des dommages et intérêts punitifs, leur régime pourrait suivre celui des dommages et

intérêts « classiques ». Enfin, l'ensemble de ces propositions sont formulées sous réserve de textes spéciaux prévoyant des règles contraires.

Proposition de modification d'un texte constitutionnel.

L'article 34 alinéa 4 de la Constitution est modifié comme suit : après les mots « la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables » sont ajoutés les mots « ou des comportements réprimés d'une peine pécuniaire supérieure ou égale à celle des amendes délictuelles ».

Proposition de textes législatifs et réglementaires.

§I – Définition.

Article 1^{er} : « Au sens des articles suivants, est considérée comme une amende civile toute sanction pécuniaire expressément qualifiée comme telle ou toute sanction pécuniaire punitive prononcée par une juridiction dont le produit est attribué au Trésor public ou à une personne définie autre que celle directement lésée par le comportement réprimé.

Au sens des articles suivants « les faits commis » ou « le comportement réprimé » s'entendent aussi bien d'un comportement de commission que d'abstention ».

§II – Exercice de l'action.

Article 2 : « La juridiction compétente pour prononcer une amende civile est le tribunal judiciaire dans le ressort duquel ont été commis les faits réprimés. Dans l'hypothèse où ceux-ci auraient été commis dans le ressort de plusieurs tribunaux, l'un quelconque de ces tribunaux peut être saisi ».

Article 3 : « L'action tendant au prononcé d'une amende civile est exercée par le procureur de la République près le tribunal judiciaire compétent ».

Article 4 : « Le délai de prescription de l'action est de cinq ans à compter de la commission du comportement réprimé. Dans le cas d'un comportement continu, le délai commence à courir à compter de la cessation du comportement.

Par dérogation au premier alinéa, le délai de prescription de l'action tendant au prononcé d'une amende civile commence à courir, lorsque le comportement est occulte ou dissimulé, du jour où celui-ci est apparu et a pu être constaté dans des conditions permettant la mise en mouvement de l'action, sans toutefois que l'action ne puisse être engagée plus de cinq³³³⁹ années après la commission des faits ».

§III – Prononcé de l'amende.

Article 5 : « Nul ne peut être puni d'une amende civile pour un comportement dont les éléments ne sont pas définis par la loi ou, pour les amendes civiles d'un montant inférieur au montant des amendes délictuelles, par le règlement. Ces éléments de qualification des comportements sont d'interprétation stricte.

Nul ne peut être puni au-delà du montant de l'amende civile prévue pour un comportement donné au moment où ce comportement a été réalisé ».

Article 6 : « Sous réserve des présomptions simples établies par la loi, toute personne suspectée ou contre laquelle est exercée une action tendant au prononcé d'une amende civile est présumée innocente tant qu'il n'a pas été prouvé que celle-ci a commis le comportement réprimé ».

Article 7 : « L'amende civile ne peut être infligée qu'à la personne ayant personnellement commis le comportement réprimé. Toutefois, lorsque le texte édictant une amende civile le prévoit, les comportements visés à l'article 121-7 du Code pénal sont réprimés de la même amende civile.

Par dérogation au premier alinéa, lorsque le comportement réprimé est réalisé à l'occasion de la réalisation d'un acte juridique par le représentant légal d'un mineur ou d'un majeur protégé, celui-ci peut, lorsque le représenté n'a pu de façon éclairée décider de la réalisation de l'acte, être condamné à l'amende civile.

³³³⁹ Ce délai pourrait évidemment donner lieu à une adaptation.

Lorsque le comportement réprimé est commis par une personne physique, l'amende ne peut, dans l'hypothèse où la personne décède antérieurement au prononcé de la sanction, être prononcée contre sa succession.

Lorsque le comportement réprimé est commis par une personne morale, la ou les personnes physiques représentant cette personne morale ne peuvent se voir infliger d'amende civile que dans l'hypothèse où leurs comportements seraient incompatibles avec l'exercice de leurs fonctions. Lorsque la personne morale auteur du comportement fait l'objet d'une fusion ou d'une absorption, l'amende civile ne peut, sauf texte contraire ou fraude, être prononcée contre la nouvelle personne ainsi créée ».

Article 8 : « Les causes d'atténuation de la responsabilité ou d'irresponsabilité prévues aux articles 122-1 à 122-7 du Code pénal sont applicables aux amendes civiles.

Lorsque le comportement réprimé a été commis par un mineur de moins de dix ans, aucune amende civile ne peut être prononcée contre lui. L'amende civile ne peut être prononcée contre les mineurs de dix à dix-huit ans que lorsque ceux-ci étaient, au moment de la commission des faits, capables de discernement ».

Article 9 : « La décision prononçant une amende civile est rendue de façon contradictoire et motivée, tant quant à la déclaration de culpabilité que, le cas échéant, quant au montant de l'amende prononcée ».

Article 10 : « Dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine le *quantum* des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale de celui-ci. Il est particulièrement tenu compte des éventuels profits retirés du comportement³³⁴⁰.

Lorsque le comportement réprimé est celui d'une personne morale, il est tenu compte de son chiffre d'affaires et de ses éventuels bénéfices ».

§IV – Exécution de l'amende.

³³⁴⁰ Cette dernière phrase ne semble nécessaire que dans l'hypothèse où aucun mécanisme général de confiscation ne serait mis en place.

Article 11 : « Les amendes civiles ne sont pas assurables ».

Article 12 : « L'action en recouvrement de l'amende civile se prescrit par cinq ans à compter de son prononcé ».

Article 13 : « Lorsque l'amende civile est prononcée au profit du Trésor public, elle est recouvrée conformément aux procédures applicables aux créances publiques ordinaires.

Lorsque l'amende civile est prononcée au profit d'une autre personne, elle est recouvrée conformément aux procédures d'exécution dont dispose celle-ci ».

§IV – Recours contre la décision prononçant l'amende.

Article 14 : « Pour l'exercice des recours exercés contre une décision prononçant une amende civile, le taux de l'appel est appliqué en considération du maximum théorique de la sanction ».

Bibliographie

TRAITÉS, MANUELS ET OUVRAGES GÉNÉRAUX

- C. Aubry, C. Rau**, *Cours de droit civil français*, t. IV, LGDJ, Paris, 1902, 5^{ème} éd..
- M. Bacache-Gibeili**, *Les obligations, La responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, Paris, 3^{ème} éd., 2016.
- J.-L. Baudouin, P. Deslauriers, B. Moore**, *La responsabilité civile*, vol. 1, Yvon Blais, 8^e éd., 2014.
- J.-L. Baudouin, P.G. Jobin, N. Vézina**, *Les obligations*, Yvon Blais, 7^e éd., 2013, n° 802.
- G. Baudry-Lacantinerie**, *Précis de droit civil*, 5^{ème} éd., 1894.
- A. Bénabent**, *Droit de la famille*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », Paris, 3^e éd., 2014.
- X. Bebin**, *Pourquoi punir ? L'approche utilitariste de la sanction pénale*, L'Harmattan, Paris, 2006.
- J.-L. Bergel**, *Méthodologie juridique*, PUF, Paris, 1^{re} éd., 2001, p. 25.
- J. Bigot, V. Heuzé, J. Kullmann, L. Mayaux, R. Schulz, K. Sontag**, *Le contrat d'assurance*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 2014.
- E. Bonis-Garçon, V. Peltier**, *Droit de la peine*, LexisNexis, Paris, 2e éd., 2015.
- B. Bouloc**,
-*Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 26^{ème} éd., 2019.
-*Pénologie, Exécution des sanctions, Adultes et mineurs*, Dalloz, Paris, 3^{ème} éd., 2005.
-*Procédure pénale*, Dalloz, Paris, 27^{ème} éd., 2020.
-*Droit de l'exécution des peines*, Dalloz, Paris, 5^{ème} éd., 2017.
- M. Bourassin, V. Brémond, M.-N. Jobard-Bachellier**, *Droit des sûretés*, Sirey, Paris, 5^{ème} éd., 2016.
- P. Bouzat**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, Dalloz, t. 1, Paris, 1963.
- Ph. Brun**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, LexisNexis, Paris, 5^e éd., 2019.
- A. Burrows**, *Principles of the english law of obligations*, Oxford university press, Oxford, 1st ed., 2015.
- L. Cadiet, E. Jeuland**, *Droit judiciaire privé*, LexisNexis, Paris, 9^e éd., 2016.
- L. Cadiet, J. Normand, S. Amrani-Mekki**, *Théorie générale du procès*, PUF, Paris, 2013.
- H. Capitant, F. Terré, Y. Lequette, F. Chénéde**, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. 2, Dalloz, Paris, 13^e éd., 2015.
- J.-M. Carbasse**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, Paris, 3^{ème} éd., 2014.
- J. Carbonnier**,
-*Sociologie juridique*, Paris, Quadrige/PUF, Paris, 1994.
-*Droit civil, Les biens, Les obligations*, t. 2, Quadrige manuels, Paris, 2004.
-*Droit civil, Les obligations*, PUF, coll. « Thémis droit privé », Paris, 22^{ème} éd., 2000.
-*Droit civil, La famille, l'enfant, le couple*, t. 2, PUF, coll. « Thémis », Paris, 21^e éd., 2002.
- G. Carcassonne**, *La constitution*, Éditions du Seuil, Paris, 10^{ème} éd., 2011.
- N. Cayrol**, *Droit de l'exécution*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », Paris, 2^e éd., 2016.
- M. Chagny (dir.)**, *Droit économique*, Lamy, Paris, 2019.
- C. Chainais, F. Ferrand, L. Mayer, S. Guinchard**, *Procédure civile, Droit interne et européen du procès civil*, Dalloz, Coll. « Précis », Paris, 34^e éd., 2018.
- V. Constantinesco, S. Pierré-Caps**, *Droit constitutionnel*, PUF, Paris, 4^{ème} éd., 2009.
- Ph. Conte, P. Maistre du Chambon**,
-*Droit pénal général*, Armand Colin, Paris, 6^e éd., 2002
-*Procédure pénale*, Armand Colin, Paris, 3^e éd., 2001.
- G. Cornu**,
-*Droit civil, La famille*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 9^e éd., 2006.
-*Droit civil, Introduction au droit*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 13^{ème} éd., 2007.
- M. Cozian, A. Viandier, F. Deboissy**, *Droit des sociétés*, LexisNexis, Paris, 31^e éd., 2018.
- R. Demogue**,
-*Traité des obligations en général*, t. IV, Librairie Arthur Rousseau, Paris, 1924 et 1932.
-*Les notions fondamentales du droit privé*, Éditions La Mémoire du Droit, Paris, 2001, édition originelle 1911.
- C. Demolombe**,

- Cours de code Napoléon*, t. XXVI, A. Durand et Hachette et Cie, Paris, 1870.
- Traité de la publication des effets et de l'application des lois en général*, Auguste Durand et L. Hachette et Cie, t. 1, 4^{ème} éd., 1869.
- D. Deroussin**, *Histoire du droit des obligations*, Economica, Paris, 2007.
- F. Desportes, F. Le Gunehec**, *Droit pénal général*, Economica, Paris, 2008, 15^e éd..
- F. Desportes, L. Lazerges-Cousquer**, *Traité de Procédure pénale*, Economica, Paris, 4^{ème} éd., 2015, n° 1435.
- G. Dutruc sur G.-L.-J. Carré et A. Chauveau**, *Lois de la procédure civile et commerciale*, Imprimerie et librairie générale de la jurisprudence, t. 4, Paris, 5^{ème} éd., 1880.
- M. Fabre-Magnan**, *Droit des obligations, 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. « Thémis droit », Paris, 3^e éd, 2013.
- M. Fabre-Magnan, F. Brunet**, *Introduction générale au droit*, PUF, coll. « Thémis droit », Paris, 2017.
- D. et N. Ferrier**, *Droit de la distribution*, Lexis Nexis, Paris, 7^e éd., 2014, n° 329.
- J. Flour, J.-L. Aubert, E. Savaux**,
 -*Droit civil, Les obligations, 2 : Le fait juridique*, Sirey, Paris, 14^e éd, 2011.
 -*Droit civil, Les obligations, 3 : Le rapport d'obligation*, Sirey, Paris, 2015, 9^e éd..
- P.-L. Frier, J. Petit**, *Droit administratif, LGDJ*, coll. « Précis Domat », Paris, 2019.
- R. Garraud**, *Précis de droit criminel*, L. Larose, Paris, 1881.
- E. Gaudemet**, *Théorie générale des obligations*, Dalloz, Paris, 2004, réédition (1937).
- J. Gaudemet**, *Droit privé romain*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 2000, 2^{ème} éd.
- J. Ghestin, H. Barbier**, *Introduction générale*, LGDJ, Paris, 5^{ème} éd., 2018.
- J. Ghestin, G. Loiseau, Y.-M. Serinet**, *La formation du contrat, tome I : Le contrat – Le consentement*, LGDJ, Paris, 2013, 4^e éd..
- P. F. Girard**, *Manuel élémentaire de droit romain*, Dalloz, réédition de la 8^{ème} éd., Paris, 2003.
- M. Grimaldi**, *Droit des successions*, LexisNexis, Paris, 7^{ème} éd., 2017.
- H. Groutel, F. Leduc, Ph. Pierre, M Asselain**, *Traité du contrat d'assurance terrestre, Litec*, Paris 2008.
- S. Guinchard, J. Buisson**, *Procédure pénale*, LexisNexis, Paris, 12^e éd., 2019.
- S. Guinchard, C. Chainais, C. S. Delicostopoulos et ali.**, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Dalloz, Paris, 10^{ème} éd., 2019.
- S. Guinchard, F. Ferrand, C. Chainais**, *Procédure civile*, Dalloz, coll. « HyperCours », Paris, 6^{ème} éd., 2019.
- S. Guinchard et T. Moussa** (dir.), *Droit et pratique des voies d'exécution*, Dalloz, colle « Dalloz action », Paris, 9^{ème} éd., 2018.
- F. Hamon, M. Troper**, *Droit constitutionnel*, LGDJ, Paris, 31^{ème} éd., 2009.
- T. Huc**, *Commentaire théorique et pratique du Code civil*, F. Pichon, t. 1, Paris, 1892.
- W. Jeandidier**, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 2005, 6^{ème} éd..
- G. Kellens**, *Précis de pénologie et de droit des sanctions pénales*, éd. Collection Scientifique de la Faculté de Droit de Liège, 1991.
- J. Kullmann**, *Le lamy assurances*, Wolter Kluwer, coll. « Lamy expert », Paris, 2016, n° 1362.
- E. Laferrière**, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, t. II, Berger-Levrault, Paris, 1896, 2^{ème} éd..
- A. Lainé**, *Traité élémentaire de droit criminel*, A. Cotillon et Cie, Deuxième fascicule, Paris, 1881.
- Y. Lambert-Faivre, L. Leveneur**, *Droit des assurances*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 14^{ème} éd., 2017.
- J. Larguier, Ph. Conte**, *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, Paris, 10^{ème} éd., 2001.
- F. Laurent**, *Principes de droit civil français*, A. Durand et Pedone Lauriel, t.2, Paris, 1870.
- Ph. le Tourneau**,
 -Ph. le Tourneau, *Responsabilité civile*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 1982.
 -(dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 11^e éd., 2017.
- A. Lepage, P. Maistre du Chambon, R. Salomon**, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, Paris, 2018, 5^e éd.
- J.-P. Lévy et A. Castaldo**, *Histoire du droit civil*, Dalloz, Paris, 2^{ème} éd., 2010.
- A. Lucas, H.-J. Lucas**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, LexisNexis, Paris, 3^e éd., 2006, n° 983.
- Ph. Malaurie, L. Aynès, Ph. Stoffel-Munck**, *Les obligations*, LGDJ, Paris, 10^{ème} éd., 2018.
- G. Marty et P. Raynaud**, *Droit civil, Les personnes*, Sirey, Paris, 3^{ème} éd., 1976.
- Y. Mayaud**, *Droit pénal général*, PUF, Paris, 6^e éd., 2018.
- A. Mazeaud**, *Droit du travail*, Montchrestien, coll. « Domat droit privé », Paris, 2000, 2^e éd..

- H. Mazeaud, L. Mazeaud, par F. Chabas**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité délictuelle et contractuelle*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2013, d'après l'édition de 1983.
- H. McGregor, M. Spencer, J. Picton**, *McGregor on damages*, Sweet & Maxwell, Thomson Reuters, London, 19th ed, 2014.
- R. Merle, A. Vitu**, *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, Éditions Cujas, Paris, 7^{ème} éd., 2000.
- V. Nicolas**, *Droit des contrats d'assurance*, Economica, coll. « Corpus droit privé », Paris, 2012.
- R. Perrot, Ph. Théry**, *Procédures civiles d'exécution*, Dalloz, Paris, 3^e éd., 2013.
- L.-E. Petiti, E. Decaux, P.-H. Imbert**,
 -*La Convention européenne des droits de l'Homme. Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995.
 -*La convention européenne des droits de l'Homme, commentaire article par article*, Economica, Paris, 2^e éd., 1999.
- X. Pin**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. « cours Dalloz », Paris, 11^{ème} éd., 2020.
- M. Planiol**, *Traité élémentaire de droit civil*, t. II, LGDJ, Paris, 1923, 9^e éd..
- R.-J. Pothier**, *Traité des obligations*, Dalloz, Paris, 2011, réédition la version publiée par Thomine et Fortic en 1821.
- J. Pradel**,
 -*Droit pénal général*, Éditions Cujas, Paris, 21^e éd., 2014.
 -*Procédure pénale*, Éditions Cujas, Paris 17^{ème} éd..
- J.-F. Renucci**, *Droit européen des droits de l'Homme. Droits et libertés fondamentaux garantis par la CEDH*, LGDJ, Paris, 6^e éd., 2015.
- J.-H. Robert**, *Droit pénal général*, PUF, coll. « Thémis », Paris, 6^{ème} éd., 2005.
- H. Roland, L. Boyer**, *Adages du droit français*, Litec, Paris, 4^e éd., 1999.
- P. Roubier**, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, Paris, 2^{ème} éd. 1951.
- C. Saint-Alary-Houin**, *Droit des entreprises en difficulté*, LGDJ, coll. « Domat droit privé », Paris, 10^{ème} éd., 2016.
- R. Savatier**, *Traité de la responsabilité civile en droit français*, t. II, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2016.
- L. L. Schlueter**, *Punitive damages*, vol. 2, Michie, 5^e éd., 2005.
- B. Starck, H. Roland, L. Boyer**,
 -*Obligation, I, Responsabilité délictuelle*, Litec, Paris, 1996.
 -*Introduction au droit*, Litec, Paris, 5^{ème} éd., 2000.
- F. Sudre**, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, coll. « Droit fondamental », Paris, 10^{ème} éd., 2011.
- F. Sudre, J. Andrianstimbazovina, G. Gonzalez, A. Gouttenoire, F. Marchadier, L. Milano, A. Schahmaneche, H. Surrel, D. Szymczak**, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, PUF, Paris, 9^{ème} éd., 2019.
- F. Terré et D. Fenouillet**, *Droit civil, La famille*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 9^{ème} éd., 2018.
- F. Terré, N. Molfessis**, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 11^{ème} éd., 2019.
- F. Terré, Ph. Simler, Y. Lequette, F. Chénéde**, *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. « Précis », Paris, 12^e éd., 2018.
- C. Toullier**, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, t. 11, Paris, 1821.
- M. Véron, G. Beaussonie**, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, coll. « Cours », Paris, 12^{ème} éd., 2019.
- G. Viney**, *Introduction à la responsabilité*, LGDJ, Paris, 3^{ème} éd., 2008.
- G. Viney, P. Jourdain, S. Carval**,
 -*Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2013
 -*Les effets de la responsabilité*, LGDJ, Paris, 4^e éd., 2017.
- L. Vogel**, *Traité de droit économique, t. 1 Droit de la concurrence*, Paris, 2^{ème} éd., 2018, n° 253.
- F. C. Von Savigny**, *Le droit des obligations*, LGDJ, coll. « Collection de la Faculté de droit de Droit et des Sciences sociales de Poitiers », Fontenay-Le-Comte, 2008, réimpression de la seconde édition en date de 1873.

OUVRAGES SPÉCIAUX : THÈSES, MÉMOIRES, MONOGRAPHIES

Ouvrages non signés

- Responsabilité pénale des dirigeants sociaux*, Francis Lefebvre, coll. « Dossier pratique », Paris, 2^{ème} éd., 2018.
- J. Abras**, *L'aménagement conventionnel anticipé de la responsabilité extracontractuelle*, PUAM, Aix-en-Provence, 2008.

- R. Amaro**, *Le contentieux privé des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, Bruxelles, 2014.
- D. d'Ambra**, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 236, Paris, 1994.
- P. Amslek**, *Perspectives critiques d'une réflexion épistémologique sur la théorie du droit*, LGDJ, Paris, 1964.
- F. Archer**, *Le consentement en droit pénal de la vie humaine*, L'Harmattan, coll. « Sciences Criminelles », Paris, 2003.
- A. Astegiano-La Rizza**, *Droit et pratique des baux commerciaux 2017-2018*, Dalloz, coll. « Dalloz action », Paris, 2017, n° 121.114.
- R. Badinter**, *Projet de nouveau code pénal*, Dalloz, Paris, 1988.
- N. Balat**, *Essai sur le droit commun*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 571, Paris, 2016.
- A. Ballot-Léna**, *La responsabilité civile en droit des affaires. Des régimes spéciaux vers un droit commun*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 493, Paris, 2008.
- M. Bandrac**, *La nature juridique de la prescription extinctive en matière civile*, Economica, Paris, 1986.
- A. Bascoulergue**, *Les caractères du préjudice réparable, réflexion sur la place du préjudice dans le droit de la responsabilité civile*, PUAM, Aix-en-Provence, 2014.
- C. Beccaria**, *Des délits et des peines*, Flammarion, Paris, 1991.
- B. Beignier**, *L'honneur et le droit*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 234, Paris, 1995.
- C. Bloch**, *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèse », Paris, 2008.
- L. Boré**, *La défense des intérêts collectifs par les associations devant les juridictions administratives et judiciaires*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 278, Paris, 1997.
- Ph. Bornier**, *Conférences des ordonnances de Louis XIV, Roy de France et de Navarre avec les anciennes ordonnances du royaume, le Droit écrit et les arrêts*, t. 1, Paris, 1755.
- M. Bouchet**, *La validité substantielle de la norme pénale*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de Y. Mayaud, soutenue le 15 nov. 2016.
- M. Brenaut**, *Le renouveau des mesures de sûreté en droit pénal français*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de Ph. Conte, soutenue le 5 décembre 2016.
- Ph. Brun**, *Les présomptions dans le droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., Grenoble, sous la dir. de N. Dejean de la Bâtie, soutenue en 1993.
- Ph. Brun, Ph. Pierre, J. Labasse**, « La responsabilité des dirigeants de sociétés en difficulté », étude 486 in *Le Lamy droit de la responsabilité*, Wolter Kluwer, coll. « Lamy expert », octobre 2016.
- R. Carré de Malberg**, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, réédition présentée par E. Maulin, Paris, 2004, n° 252.
- S. Carval**, *La responsabilité civile dans sa fonction de peine privée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 250, Paris, 1995.
- G. Chantepie, M. Latina**, *La réforme du droit des obligations*, Dalloz, Paris, 2^e éd., 2018.
- Y. Chartier**, *La réparation du préjudice*, Dalloz, Paris, 1996, n° 475.
- S. Chaudouet**, *Le déséquilibre significatif*, Thèse dactyl., sous la dir. de N. Ferrier, Université de Montpellier, soutenue le 26 nov. 2018.
- D. Chauvet**, *La vie privée, étude de droit privé*, Thèse dactyl., Paris-Sud, sous la dir. d'E. Dreyer, soutenue le 5 septembre 2014.
- F. Chénéde**, *Les commutations en droit privé, Contribution à la théorie générale des obligations*, Economica, Paris, 2008, n° 503.
- A.-S. Choné**, *Les abus de domination. Essai en droit des contrats et en droit de la concurrence*, Economica, Paris, 2010.
- L. Clerc-Renaud**, *Du droit commun et des régimes spéciaux en droit extracontractuel de la réparation*, Thèse dactyl., Université Savoie Mont Blanc, 2006, sous la dir. de Ph. Brun.
- M. Cormier**, *L'exécution forcée déraisonnable*, thèse Université Paris II – Panthéon Assas, en cours.
- C. Coutant-Lapalus**, *Le principe de réparation intégrale en droit privé*, PUAM, Aix-en-Provence, 2002.
- O. Deshayes, Th. Genicon, Y.-M. Laithier**, *Réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*, LexisNexis, Paris, 2^{ème} éd., 2018.
- Ph. Delbecque**, *Les clauses allégeant les obligations dans les contrats*, th. dactyl., Aix-Marseille, 1981, sous la dir. de P. Bonassies.
- G. Dellis**, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 184, Paris, 1997.
- M. Delmas-Marty**, *Le flou du droit. Du Code pénal aux droits de l'Homme*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2004.

- M. Delmas-Marty et C. Teitgen-Colly**, *Punir sans juger*, Economica, Paris, 1992.
- D. Denis**, *L'astreinte judiciaire, nature et évolution*, th. dactyl., Paris II Panthéon-Assas, 1973.
- O. Descamps**, *Les origines de la responsabilité pour faute personnelle dans le Code civil de 1804*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 436, Paris, 2005.
- J. Dingome**, *Le fait justificatif en droit de la responsabilité civile*, Thèse dactyl., sous la dir. de G. Viney, Université Panthéon-Sorbonne, Paris I, soutenue en 1986.
- A. Dorsner-Dolivet**, *Contribution à la restauration de la faute, condition des responsabilités civile et pénale dans l'homicide et les blessures par imprudence : à propos de la chirurgie*, LGDJ, Paris, 1986.
- M. Douchy**, *La notion de quasi-contrat en droit positif français*, Economica, Paris, 1997.
- C. Dubois**, *Responsabilité civile et responsabilité pénale. À la recherche d'une cohérence perdue*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 570, Paris, 2016.
- J. Dupichot**, *Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle*, LGDJ, Paris, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 96, 1969.
- P. Durand**, *Des conventions d'irresponsabilité*, Godde, Paris, 1931.
- A. Fenet**,
 -*Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 8, Paris, 1877.
 -*Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, t. 11, Videcoq, Paris, 1836.
- A. Fortunato**, *Clauses et pratiques restrictives de concurrence*, Thèse dactyl, sous la dir. de D. Voinot, Université de Lille 2, soutenue le 29 juin 2016.
- N. Fournier de Crouy**, *La faute lucrative*, Economica, Paris, 2018.
- F. Gény**, *Ultima verba*, R. Pichon & R. Durand-Auzias, Paris, 1951.
- Ph. Gerbay**, *Moyens de pression privés et exécution du contrat*, Grenoble SRT, Grenoble, 1976.
- J. Y Gotanda**,
 -*Punitive Damages : A Comparative Analysis*, Villanova University Charles Widger School of Law, 2003, travaux en ligne : <http://digitalcommons.law.villanova.edu/wps/art8>
 -*Damages in Private International Law*, Brill-Nijhoff, coll. « Collected Courses of the Hague Academy of International Law », vol. 326, Leiden, Boston, 2007, p. 322 et 323, note n° 1273.
- A. Gouëzel**, *La subsidiarité en droit privé*, Economica, Paris, 2013.
- C. Grare**, *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2005.
- N. Gras**, *Essai sur les clauses contractuelles*. Université d'Auvergne - Clermont-Ferrand, I, 2014. Français. <NNT: 2014CLF10458>. <tel-01168586>.
- F. Gréau**, *Recherche sur les intérêts moratoires*, Defrénois, coll. « Collection de Thèses », t. 21, Paris, 2006.
- C. Grimaldi**, *Quasi-engagement et engagement en droit privé, Recherches sur les sources de l'obligation*, Defrénois, coll. « Doctorat & notariat », Paris, 2007.
- P. Grosser**, *Les remèdes à l'inexécution du contrat : essai de classification*, thèse dactyl, Paris I, 2000.
- A. Guégan-Lécuyer**, *Dommages de masse et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 472, Paris, 2006.
- S. Guenna**, *Le préjudice moral des personnes morales*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de F. Terré, soutenue le 17 nov. 2011.
- M. Guétat**, *Étude sur la pratique judiciaire et fiscale sur les amendes*, thèse pour le doctorat, Grenoble, 1908, p. 83.
- J. Guyénot**, *La responsabilité des personnes morales publiques et privées. Considérations sur la nature et le fondement de la responsabilité du fait d'autrui*, LGDJ, Paris, 1959.
- M. Guyomar**, *Les sanctions administratives*, LGDJ, Issy-les-Moulineaux, 2014.
- J. Hémard**, *Les sanctions pénales en droit privé*, Travaux et mémoires de l'Université de Lille, Bibliothèque universitaire, Lille, 1946.
- O. S. Howard**, « Symposium On Civil Litigation Reform, Part Three : Punitive Damages », *Pepperdine Law Review*, 1997, Vol. 24, Issue 3.
- L. Hugueney**, *L'idée de peine privée en droit contemporain*, Arthur Rousseau, Thèse, Paris, 1904.
- P. Jacomet**, *Essai sur les sanctions civiles de caractère pénal en droit français*, Arthur Rousseau, Paris, 1905.
- Z. Jacquemin**, *Payer, réparer, punir. Étude des fonctions de la responsabilité contractuelle en droit français, allemand et anglais*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de B. Fauvarque-Causson et de G. Dannemann, soutenue le 9 déc. 2015.
- M. Jaouen**, *La sanction prononcée par les parties au contrat, Étude sur la justice privée dans les rapports contractuels de droit privé*, Economica, Paris, 2013.
- A. Jault**, *La notion de peine privée*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t.442, Paris, 2005.

- L. Josserand**, *De l'esprit des droits et de leur relativité, Théorie dite de l'abus des droits*, Dalloz, Paris, 1939, 2^e édition, rééditée en 2006.
- P. Jourdain**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, 1982, sous la dir. de J. Foyer.
- L. Julliot de la Morandière**, *De la règle nulla poena sine lege*, L. Larose et L. Tenin, Paris, 1910.
- H. Kelsen**, *Théorie pure du droit* (trad : C. Eisenmann), Bruylant, LGDJ, Paris, 1999.
- E. Kerguelen**, *Les pratiques restrictives*, Concurrences, Paris, 2015.
- J. Klein**, *Le point de départ de la prescription*, Economica, Paris, 2013.
- E.-H. Labbé**, *De l'amende en matière pénale et en matière fiscale*, thèse, Paris, 1894.
- M. Laborde-Lacoste**, *La responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale*, Bordeaux, 1915.
- Y.-M. Laithier**, *Étude comparative des sanctions de l'inexécution du contrat*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privée », t. 419, Paris, 2004.
- C. Le Gallou**, *La notion d'indemnité en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 486, Paris, 2007.
- Th. Le Gueut**, *Le paiement de l'obligation monétaire en droit privé interne*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 572.
- J. Lelieur-Fischer**, *La règle ne bis in idem, Du principe de l'autorité de la chose jugée au principe d'unicité d'action répressive, Étude à la lumière des droits français, allemand et européen*, thèse dactyl., Paris I, sous la dir. de M. Delmas-Marty, soutenue en 2005.
- F. Lemaitre**, *La monnaie comme objet de sûretés*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit des entreprises en difficulté », t. 8, Paris, 2017.
- G. Levasseur**, « Le principe de séparation des fonctions », in *Cours de procédure pénale*, Paris, 1959-1960.
- M. Leveneur-Azémar**, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 577, Paris, 2017.
- M. Lévis**, *L'opposabilité du droit réel, De la sanction judiciaire des droits*, Economica, Coll. « Droit Civil », Paris, 1989.
- R. Libchaber**,
 -*Recherches sur la monnaie en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 225, Paris, 1992.
 -*L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, Paris, 2013.
- F. Luxembourg**, *La déchéance des droits, contribution à l'étude des sanctions civiles*. Éditions Panthéons-Assas, Paris, 2007.
- A. MacIntyre**, *Après la vertu. Étude de théorie morale*, PUF, Paris, 2013.
- V. Malabat**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de Ph. Conte, soutenue le 19 janvier 1999.
- C. Mangematin**, *La faute de fonction en droit privé*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2014.
- P.-G. Marly**, *Fongibilité et volonté individuelle, Étude sur la qualification juridique des biens*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de l'Institut André Tunc », t. 4, Paris, 2004.
- D. Martin, E. Dezeuze, F. Bouaziz**, *Les abus de marché. Manquements administratifs et infractions pénales*, LexisNexis, Paris, 2013.
- J.-F.-L. Massabiau**, *Manuel du ministère public*, Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, t. 1, Paris, 3^{ème} éd., 1856.
- B. Mazabraud**, *La peine privée, Aspects de droit interne et international*, Thèse dactyl., sous la dir. de D. Bureau, Université Panthéon-Assas, Paris II, soutenue le 11 septembre 2006.
- D. Mazeaud**, *La notion de clause pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 223, Paris, 1992.
- H. Mazeaud**, *Cours de doctorat*, 1940-1941, Paris.
- M. Mekki**, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 411, Paris, 2004.
- R. Mesa**,
 -*De la règle non bis in idem*, mémoire, Université Panthéon-Assas, Paris 2.
 -*Les fautes lucratives en droit privé*, thèse dactyl., Université du littoral côte d'opale, sous la dir. de D. Fasquelle, soutenue le 6 juill. 2006.
- V. Mikalef-Toudic**, *Le ministère public, partie principale dans le procès*, PUAM, Aix-en-Provence, 2006.

- N. Molfessis**, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 287, Paris, 1997.
- Muyart de Vouglans**, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, Paris, 1780.
- P. Muzny**, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'Homme : essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, PUAM, Aix-en-Provence, 2005.
- P. Nabet**, *La peine privée en droit des assurances*, PUAM, Aix-en-Provence, 1986.
- L. Neyret**, *Atteintes au vivant et responsabilité civile*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 468, 2006.
- C. Ouerdane-Aubert de Vincelles**, *Altération du consentement et efficacité des sanctions contractuelles*, Dalloz, Paris, 2002.
- B. Paillard**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, LGDJ, coll. Bibliothèque de sciences criminelles, Paris, t. 42, 2007.
- Th. Perroud**, *La fonction contentieuse des autorités de régulation en France et au Royaume-Uni, Les sanctions en procédure civile*, thèse dactyl., Université Paris I, Panthéon-Sorbonne, sous la dir. de G. Marcou et J. Mceldowney, soutenue le 6 déc. 2011.
- S. Pietrini**, *L'action collective en droit des pratiques anticoncurrentielles*, Bruylant, Bruxelles, 2012.
- X. Pin**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de sciences criminelles », t. 36, Paris, 2002.
- A. Pinna**, *La mesure du préjudice contractuel*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 491, Paris, 2007.
- A. Pirovano**, *Faute civile et faute pénale, essai de contribution à l'étude des rapports entre la faute des articles 1382-1383 du Code Civil et la faute des articles 319-320 du Code Pénal*, LGDJ, coll. « Bibl. de droit privé », t. 70, Paris, 1966.
- X. Pradel**, *Le préjudice dans le droit civil de la responsabilité*, LGDJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 415, Paris, 2004.
- M. Puech**, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, coll. « bibliothèque de droit privé », Paris, 1973, t. 129.
- A. Rabut**, *De la notion de faute en droit privé*, LGDJ, Paris, 1949.
- D. Rémy**, *Légistique, L'art de faire les lois*, Romillat, coll. « Pratique du droit », Paris, 2004.
- N. Rias**, *Aspects actuels des liens entre la responsabilité civile et pénale*, Thèse dactyl. Lyon III sous la dir. de S. Porchy-Simon, soutenue en 2006.
- G. Ripert**,
 -*La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, Paris, Coll. « Anthologie du Droit », reprise de la 4^e éd., 2014.
 -*Les forces créatrices du droit*, LGDJ, Paris, 2^{ème} éd., 1955.
- L. Ripert**, *La réparation du préjudice dans la responsabilité délictuelle*, Dalloz, Paris, 1933.
- M. Robineau**, *Contribution à l'étude du système responsabilité*, Defrénois, coll. « Doctorat & Notariat », t. 19, Paris, 2006.
- M.-E. Roujou de Boubée**, *Essai sur la notion de réparation*, LGDJ, Paris, 1974.
- F. Rousseau**, *L'imputation de la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèques de Thèses », Paris, 2009.
- J.-J. Rousseau**, *Du contrat social ou Principes du droit politique*, M.-M. Rey, Amsterdam, 1762, p. 119.
- G. du Rousseau de la Combe**, « Dommages et intérêts », in *Recueil de jurisprudence du pays de droit écrit et coutumier, par ordre alphabétique*, Mesnier et Jean de Nully, Paris, 1736.
- P. Roy**, *Les dommages exemplaires en droit québécois, un instrument de revalorisation de la responsabilité civile*, thèse de doctorat, Université de Montréal, 1995, t. 1, p. 3.
- G. Royer**, *L'efficacité en droit pénal économique, étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, LGDJ, coll. « Droit et économie », Paris, 2009.
- G. Ruffieux**, *Les sanctions des obligations familiales*, Dalloz, coll. « Nouvelle Bibliothèque de Thèses », Paris, 2014.
- R. Salleilles**, *L'individualisation de la peine. Étude de criminalité sociale*, F. Alcan, 3^{ème} éd., Paris, 1927.
- G. Sansone**, *Les sanctions en procédure civile*, thèse dactyl., Aix-Marseille sous la dir. de E. Putman, soutenue le 10 déc. 2019.
- J.-C. Schmidt**, *Faute civile et faute pénale*, thèse, Paris, 1928, préf. L. Huguency.
- A. Sériaux**, *La faute du transporteur*, Economica, Paris, 2^{ème} éd., 1998.
- L. Sichel**, *La gravité de la faute en droit de la responsabilité civile*, thèse dactyl., Paris I, sous la dir. de G. Loiseau, soutenue le 12 déc. 2011.

- C. Sintez**, *La sanction préventive en droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », Paris, 2011.
- J.-C. Soyer**, « La loi nationale et la Convention européenne des droits de l'Homme », in *J. Foyer, auteur et législateur. Leges tulit, docuit, écrits en hommage à Jean Foyer*, PUF, Paris, 1997.
- B. Starck**, *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*, LGDJ, Paris, 1947.
- F. Stasiak**, *Nature des autorités de régulation à pouvoir répressifs et garanties fondamentales de la personne*, Thèse dactyl., Nancy II, sous la dir. de J.-F. Seuvc, 1995.
- Ph. Stoffel-Munck**, *L'abus dans le contrat, essai d'une théorie*, LDGJ, Coll. « Bibliothèque de droit privé », t. 337, Paris, 2000.
- P. Tcherkessoff**, *Cohérence et légitimité du ministère public*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de S. Tzitzis, soutenue le 30 juin 2015.
- S. Torck**, *Essai d'une théorie générale des droits réels sur choses fongibles*, Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, sous la dir. de H. Synvet, soutenue le 15 déc. 2001.
- J. Tournier**, *De la condamnation à des dommages-intérêts considérée comme moyen de contrainte et comme peine*, Ricard Frères, Montpellier, 1896.
- A. Touzain**, *La consignation* Thèse dactyl., Paris II Panthéon-Assas, soutenue le 4 déc. 2018, sous la dir. de C. Brenner.
- M. Van de Kerchove**, *Le droit sans peine, Aspects de la dépenalisation en Belgique et aux États-Unis*, F.U.S.L, Bruxelles, 1987.
- C. Vanleenhove**, *Punitive Damages in Private International Law*, Intersentia, Cambridge, 2016.
- C. Villefranche**, *De la responsabilité pénale du fait d'autrui*, Thèse, Dijon, 1911.
- G. Viney**, *Le déclin de la responsabilité individuelle*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2014.
- A. Vitu**, *Des conflits de loi dans le temps en droit pénal*, Thèse Nancy, 1945.

DICTIONNAIRES, ENCYCLOPÉDIES ET RÉPERTOIRES

- D. Alland, S. Rials**, *Dictionnaire de la culture juridique*, Lamy-PUF, Paris, 2003.
- P. Arhel**,
 -« Transparence tarifaire et pratiques restrictives », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2017 (actualisation sept. 2019).
 -« Concurrence : règles de procédure – Instruction devant l'Autorité de la concurrence », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, avr. 2018.
 -« Pratiques anticoncurrentielles : injonctions et sanctions », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2018 (actualisation janv. 2019).
- Ph. Belloir**, « Chambre de l'instruction », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 (actualisation déc. 2019).
- S. Ben Hadj Yahia**, « Action de groupe », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2015 (actualisation déc. 2019).
- R. Bernardini**,
 -« Personne morale », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 (actualisation oct. 2019).
 -« Légitime défense », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 (actualisation févr. 2018).
- A. Beziz-Ayache**, « Confiscation », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2017 (actualisation janv. 2020).
- D. Blaise**, « Construction et urbanisme – Fasc. 900 : changement d'usage des immeubles », *J-Cl. Notarial formulaire*, 2015.
- C. Bléry**, « Synthèse – Principes directeurs », *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, 2018.
- C. Bléry, N. Reichling**, « Fasc. 500-25 : Principes directeurs du procès – Office du juge – Introduction – Déclenchement et extinction de l'instance », *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, 2020.
- Ph. Bonfils**, « Partie civile », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018 (actualisation déc. 2019).
- C. Brahic Lambrey**, « Production forcée des pièces », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Paris, sept. 2012 (actualisation déc. 2019).
- Ph. Brun**, « Responsabilité du fait personnel », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2015 (actualisation févr. 2020).
- C. Caillé**,

-« Assurance automobile », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2015 (actualisation févr. 2020).

-« Assurance de dommage », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2013 (actualisation févr. 2020).

A. Cappello,
 -« Autorités administratives indépendantes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, 2016 (actualisation juill. 2019).

-« Question prioritaire de constitutionnalité – impact de la question prioritaire de constitutionnalité sur la matière pénale », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 (actualisation déc. 2017).

N. Cayrol, « Action en justice », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2013 (actualisation janv. 2020).

G. Chantepie, « Contrat : effets », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018 (actualisation févr. 2020).

G. Chantepie, N. Sauphanor-Brouillaud, « Déséquilibre significatif », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2019 (actualisation janv. 2020).

D. Cholet, « Assistance et représentation en justice », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017 (actualisation déc. 2019).

F. Cohet, « Accession », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, avril 2016 (actualisation oct. 2018).

G. Cornu (dir.), Association Henri Capitant, *Vocabulaire juridique*, PUF, Paris, 11^{ème} éd., 2016.

Ch. Courtin, « Prescription de l’action publique », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019 (actualisation nov. 2019).

E. Cruvelier, « Impôts directs », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, Paris, 2017 (actualisation sept. 2019).

D. et A. Dalloz,
 -*Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Bureau de la jurisprudence générale, t. 17, Paris, 1851.
 -*Répertoire méthodique et alphabétique en matière de droit civil, commercial, criminel, administratif, de droit des gens et de droit public*, Bureau de la jurisprudence générale, t. 35, Paris, 1855.

J.-J. Daigre, « Société fictive », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 1999 (actualisation avr. 2018).

M. Danti-Juan, « État de nécessité », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2015 (actualisation oct. 2019).

M. Daurry-Fauveau, « Organisation ou aggravation frauduleuse d’insolvabilité, art. 314-7 à 314-9 », in *J-Cl. Pénal Code*, LexisNexis, 2018.

Ph. Delbecque, « Fasc. 22 : Régime de la réparation, modalité de la réparation, règles particulières à la responsabilité contractuelle, clause pénale », in *J-Cl. Civil*, LexisNexis, 5 avr. 2018.

M.-L. Demeester, L. Neyret, « Environnement », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, oct. 2013 (actualisation avril 2017).

Y. Desdevises, actualisé par **O. Staes**, « Fasc. 500-60 : Action en justice, généralités », in *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, 5 nov. 2019.

S. Detraz, « Art. 749 à 762 – Fasc. 20 : contrainte judiciaire », in *J-Cl. Procédure pénale*, LexisNexis, 2016 (actualisation mai 2017).

P. Dourneau-Josette, « Convention européenne des droits de l’Homme : jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme en matière pénale », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2019 (actualisation févr. 2020).

F. Ferrand, « Appel », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2018 (actualisation févr. 2020).

M. Giacomelli, E. Gallardo, « Casier judiciaire », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2016.

D. Gibirila,
 -« Délégation de pouvoir », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, Paris, 2017 (actualisation sept. 2018).

-« Société à responsabilité limitée », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, Paris, 2019 (actualisation sept. 2019).

C. Giverdon, O. Staes, « Fasc. 800-70 : Jugements – Motifs et dispositifs », in *J-Cl. Procédure civile*, LexisNexis, janv. 2019.

A. Gouttenoire, M.-C. Guérin, « Abandon de famille », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, Paris, mai 2015 (actualisation février 2017).

F. Gréau,
 -« Force majeure », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2017 (actualisation avr. 2018).

-« art. 1240 à 1245-17 – Fasc. 224-20 : régime de la réparation – action en réparation – décisions judiciaires. Astreinte », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, 2018.

L. Griffon-Yarza, « Prescription de la peine », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

F. Guerchoun, « Astreinte », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Paris, 2017 (actualisation déc. 2019).

E. Guillaume, L. Coudray, « Autorité de régulation (Contentieux des) », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2010 (actualisation avril 2016).

Y. Guyon, M. Buchberger, « Fasc. 132-10 : Administration – Responsabilité civile des dirigeants », in *J-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2016 (actualisation juin 2017).

A. Huet, « Droit pénal », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2010 (actualisation juin 2019).

L. Kaplow, S. Shavell, « Economic analysis of Law », in *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer, 2016.

M.-C. Lambert-Piéri, « Responsabilité : régime des accidents de la circulation », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, juin 2010 (actualisation : mars 2018).

J.-Y. Lassalle, « Amende pénale – Jour amende », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2016 (actualisation juill. 2019).

B. Le Bars, « Responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2004 (actualisation janv. 2020).

Ph. Le Tourneau,
 -« Fasc. 571 : Parasitisme. Régime juridique », in *J-Cl. Concurrence – Consommation*, LexisNexis, juin 2017.
 -« Gestion d'affaire », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2018 (actualisation juin 2019).
 -« Responsabilité : généralités », *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2009 (actualisation févr. 2020).

Ph. Le Tourneau, M. Zoia, « Fasc. 1030 : Conditions de validité – Validité au regard du droit de la concurrence », *J-Cl. Concurrence consommation*, LexisNexis, 2015 (actualisation avr. 2016).

A. Lecourt, « Groupe de sociétés », in *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2015 (actualisation nov. 2019).

D. Legeais, « Synthèse – Contrats de distribution », *LexisNexis*, 2020.

J.-J. Lemouland, « Mariage : effets », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2014, (actualisation déc. 2019).

F. Macorig-Venier, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », in *Répertoire de droit des sociétés*, Dalloz, 2013 (actualisation janv. 2020).

P. Maître du Chambon, « art. 1382 à 1386 – Fasc. 222 : régime de la réparation – Action en réparation – Prescription », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, 2012 (actualisation févr. 2020).

F. Martin Laprade, « Contentieux boursier : abus de marché et autres manquements », *Répertoire des sociétés*, Dalloz, 2017 (actualisation déc. 2019).

Ph.-A. Merlin,
 -*Répertoire universel et raisonné de jurisprudence*, Garnery, t. 1, Paris, 4^{ème} éd., 1812.
 -*Recueil alphabétique des questions de droit qui se présentent le plus souvent devant les tribunaux*, H. Tarlier, t. 4, Bruxelles, 4^{ème} éd., 1829.

J. Molinier, « Principes généraux », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, 2011 (actualisation janv. 2019).

F. Molins, « Actions publique », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2017 (actualisation févr. 2020).

M.-H. Monsérié-Bon, « Fasc. 165-10 : Groupes de sociétés – Filiales, participation et sociétés contrôlées », in *J-Cl. Sociétés Traité*, LexisNexis, 2012 (actualisation mars 2013).

J. Mouly, J. Savatier, « Droit disciplinaire », in *Répertoire de droit du travail*, Dalloz, 2019 (actualisation nov. 2019).

E. Picard, « Droit international : rapport avec le droit interne », in *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 2008 (actualisation oct. 2010).

Y. Picod, Y. Auguet, N. Dorandeu, « Concurrence déloyale », in *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2010 (actualisation févr. 2020).

S. Pimont, « Clause pénale », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, 2010 (actualisation sept. 2019).

S. Pochy-Simon, « Synthèse – Dommage », *J-Cl. Responsabilité civile et Assurances*, Synthèse 120, LexisNexis, (actualisation juill. 2019).

E. Raschel, « Fasc. 20 : Action publique – Prescription – art. 7 à 9-3 », *J-Cl. Procédure pénale*, LexisNexis, 2018 (actualisation nov. 2019).

G. Raoul-Cormeil, « Art. 415 à 432 – Fasc. 30 : Majeurs protégés – Dispositions communes à toutes les protections – Procédure tutélaire », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, 2020 (actualisation févr. 2020).

N. Rias, « Synthèse – Principes généraux de la loi pénale », *J-Cl. Pénal code*, LexisNexis, (actualisation janv. 2020).

J.-H. Robert, « Article 10 – Fasc. Unique : jouissance des droits civils – limitations », *J-Cl. civil code*, LexisNexis, janv. 2017.

- B. Seiller**, « Acte administratif : identification », in *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, 2015 (actualisation avr. 2019).
- A. Seriaux**, « Patrimoine », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, juin 2016, n° 6.
- F. Stasiak**, « Autorités administratives indépendantes », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz.
- F. Sudre**, « Fasc. 6500 : Convention européenne des droits de l'Homme : caractères généraux », *J-Cl. Europe Traité*, LexisNexis, févr. 2016.
- D. Szymczak**, « Convention européenne des droits de l'Homme : application interne », in *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juill. 2017.
- A. Taillefait**, « Fasc. 114-10 : Recouvrement des créances publiques ordinaires », *J-Cl. administratif*, LexisNexis, 2019.
- J.-B. Thierry**, « Synthèse – Juridictions correctionnelles », in *J-Cl. Procédure pénale*, LexisNexis, 2019.
- F. Turgné**, « Fasc. 523 : Assurances terrestre. – Assurances diverses relatives aux biens », in *J-Cl. Responsabilité civile et assurances*, LexisNexis, 2015 (actualisation avr. 2015).
- P. Wilhelm**, « Synthèse – Institutions et procédures de concurrence » *J-Cl. Concurrence-Consommation*, 2019.
- C. Witz**, « Art. 2284 et 2285 », in *J-Cl. civil code*, LexisNexis, mars 2016.

TRAVAUX COLLECTIFS, RAPPORTS, COLLOQUES

- IX^{ème} conférence des cours constitutionnelles européennes**, *Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'Homme : concurrence ou complémentarité ?*, Rapport général, Paris, 10-13 mai 1993.
- D. Allix**, « De la proportionnalité des peines », in *Mélanges J.-C. Soyser. L'honnête homme et le droit*, LGDJ, 2000, p. 1.
- A. Anziani et L. Béteille**, *Rapport d'information du groupe de travail relatif à la responsabilité civile*, Sénat, n° 558, enregistré à la présidence du Sénat le 15 juill. 2009.
- M. Arden (dir.) A. Burrows, D. Faber, C. Harpum, S. Sibling**,
 -*Aggravated, Exemplary and Restitutionary damages*, Consultation Paper n° 132, 1993.
 -*Aggravated, exemplary and restitutionary damages*, Law commission n° 247, 1997.
- J.-L. Aribaud, I. d'Armaillé, Ph. Choné et ali.**, *Conseil de la concurrence : 20^{ème} rapport annuel 2006*, La Documentation française, Paris, 2007.
- J.-M. Auby**, « Les sanctions administratives disciplinaires applicables aux usagers volontaires des services publics », in *Mélanges Jean Brethe de la Gressaye*, éd. Bière, Bordeaux, 1967, p. 69.
- Y. Auguet**, « Droit pénal et droit de la concurrence, "La transformation du fait répressif en droit de la concurrence" », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XX^e congrès de l'Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 279.
- L. Aulagnon**, « Aperçu sur la force dans la règle de droit », in *Mélanges en l'honneur de P. Roubier : Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1961, p. 29.
- Autorité de la concurrence**,
 -*Communiqué du 16 mai 2011 relatif à la méthode de détermination des sanctions pécuniaires*.
 -*Rapport d'activité*, in *Rapport annuel pour 2014*, Documentation française, 2015.
 -*Rapport d'activité*, in *Rapport annuel pour 2017*, Documentation française, 2018.
- M. Bacache**, « L'immunité du préposé », in O. Deshayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, Paris, 2009, p. 15.
- A. Bailleux**, « Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 1113.
- M. Bandrac**,
 -« L'action en justice droit fondamental », in *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs ?*, mélanges en l'honneur de R. PERROT, Dalloz, Paris, 1996, p. 1.
 -« De l'acte juridictionnel et de ceux des actes des juges qui ne le sont pas », in *Le juge entre deux millénaires*, Mélanges offerts à Pierre Drat, Dalloz, Paris, 2000, p. 171.
- J.-F. Barbiéri**, « La responsabilité personnelle à la dérive », in *Aspects actuels du droit des affaires*, mélanges en l'honneur de Y. Guyon, Dalloz, Paris, p. 41.

- E. Baron**, « Existe-t-il un droit pénal commun ? », in *Le droit pénal spécial à l'épreuve du droit pénal et de la procédure pénale. Actes d'une manifestation organisée par le master recherche Droit pénal de l'université Bordeaux IV et le master Droit pénal et sciences criminelles de l'université Toulouse I*, *Droit pénal* sept. 2013, p. 17.
- L.-A. Barrière**, « Propos introductifs », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, Paris, 2007.
- J.-L. Baudouin**, « Les dommages punitifs : un exemple d'emprunt réussi à la Common law », *Études offertes au Professeur Ph. Malinvaud*, Litec, Paris 2007, p. 1.
- G. Beaussonie**, « La personnalité juridique en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du Professeur C. Neirinck*, LexisNexis, Paris, 2015, p. 157.
- M.-A. Beernaert**, « Article 48. Présomption d'innocence et droits de la défense », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 1007.
- M. Béhar-Touchais**, « Le choc des titans : existe-t-il des fournisseurs assez puissants pour contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution ? », in *Libre droit, Mélanges en l'honneur de Ph. Le Tourneau*, Dalloz, Paris, 2008, p. 53.
- M. Béhar-Touchais, S. Carval**, « Le débiteur des dommages et intérêts dus en cas de pratique anticoncurrentielle », in *L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques concurrentielles*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », Paris, 2016, p. 35.
- N. Belloubet**, « Repenser le rôle du juge constitutionnel. Les rapports entre le Conseil constitutionnel français et les ordres juridiques européens », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, Paris, 2016, p. 695.
- A. Bénabent**, « Rapport français », in *Les nouveaux moyens de reproduction, Papier, sonores, audiovisuels et informatiques*, Economica, Paris, 1988, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. XXXVII, p. 93.
- O. Berg**, « Le dommage objectif », in *Liber-amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 63.
- D. Bernard**, « Article 50 – Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 1039.
- A. Bernardini**, « L'amende dans une perspective européenne », in *Quelques aspects actuels des sciences criminelles*, Cujas, Paris, 1990, p. 5.
- L. Béteille, R. Yung**, *Rapp. Sénat n° 296 sur l'évaluation de la loi n° 2007-1544 du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon*, 2011.
- J.-C. Bizot, H. Adida-Canac**, « Rapport du sous-groupe n° 2 consacré "au dommage, à la causalité et à la réparation", Analyse des articles 49 à 69 du projet », in *Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » Sous la direction de François Terré*, Cour de cassation, 2012, p. 71.
- G. Bolard**, « Qualité ou intérêt pour agir », in *Mélanges en l'honneur de S. Guinchard, Justices et droit du procès : du légalisme procédural à l'humanisme processuel*, Dalloz, Paris, 2010, p. 597.
- J.-S. Borghetti**,
 -« Les intérêts protégés en droit de la responsabilité », in *Études offertes à G. Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 145.
 -« Punitive damages in France », in H. Koziol and V. Wilcox (eds.), *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, SpringerWienNewYork, coll. « Tort and insurance law », vol. 25, Germany, 2009.
- C. Bouty**, « Chose jugée », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, Paris, juin 2012 (actualisation avr. 2016).
- N. Brahy, V. Cassiers**, « La flexibilité des sanctions en droit économique », in *La flexibilité des sanctions, XXIe journées juridiques J. Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 479.
- C. Brenner**,
 -« De l'intérêt et de la qualité à agir en justice dans la copropriété des immeubles bâtis », in *Apprendre à douter, question de droit, questions sur le droit, Études offertes à C. Lombois*, Pulim, Limoges, 2004, p. 179.
 -« La sanction en droit patrimonial de la famille », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. 185.
- H. Brooke**, « A brief introduction : the origins of punitive damages », in H. Koziol et V. Wilcox (dir.), *Punitive damages : Common law and civil law perspectives*, SpringerWienNewYork, coll. « Tort and insurance law », vol. 25, Germany, p. 1.

Ph. Brun, « Rapport français », in *L'indemnisation*, Société de législation comparée, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. LIV, Paris, 2008.

F. Buy, « Intérêts et méfaits de la spécialisation juridictionnelle », in *Flux et reflux de la rupture d'une relation commerciale. Application de l'article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles. Actes du colloque tenu le 27 novembre 2017 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier*, LexisNexis, Mercuès, 2018, p. 131.

L. Cadiet,
 -« Les métamorphoses du préjudice », in *Les métamorphoses de la responsabilité, sixièmes journées René Savatier*, PUF, Paris, 1997, p. 37.
 -« Sur les faits et les méfaits de l'idéologie de réparation », in *Le juge entre deux millénaires, Mélanges offerts à Pierre Drai*, Dalloz, Paris, 2000, p. 495.
 -« Sanction et procès civil », in *Mélanges dédiés à la mémoire du doyen J. Héron*, LexisNexis, Paris, 2009, p. 125.

J. Calais-Auloy, *Propositions pour un nouveau droit de la consommation*, La Documentation française, coll. « Collection des rapports officiels », Paris, 1985.

G. Canivet, « L'histoire sans fin des lois éphémères (ou de la régulation des relations entre la production et la grande distribution) », in *Études sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux, Mélanges en l'honneur d'Y. Serra*, LGDJ, Paris, 2006.

P. Castéra, « Le principe de nécessité de la loi, le point de vue du constitutionnaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », 2013, Paris, actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCCLÉ et l'ISCJ, p. 37.

J. Cedras, « Sans préjudice d'affection », in *Le droit à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 231.

G. Cerutti et M. Guillaume (prés.), *Rapport sur l'action de groupe*, Rapport remis le 16 décembre 2005 à Thierry BRETON, ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et Pascal CLEMENT, ministre de la justice, Garde des sceaux.

M. Chagny, « Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommages-intérêts ? », in *Les sanctions civiles des pratiques anticoncurrentielles : compléments ou substituts des sanctions du droit de la concurrence ? Colloque organisé par le Groupe de Recherches en Droit des Affaires et l'Association des étudiants du Master Concurrence Distribution – Université du Maine, Le Mans, 5 décembre 2006, Concurrences*, 2007/2, p. 90.

C. Chainais (dir.), *Le temps dans la jurisprudence de la Cour de cassation*, Rapport annuel 2014.

C. Chainais, D. Fenouillet, « Le droit contemporain des sanctions, entre technique et politique, Présentation et conclusions de la recherche collective », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. XI.

A. Chouvet-Lefrançois, « La finalité de la sanction en droit pénal », in *A propos de la sanction*, Travaux de l'IFR n° 6, Toulouse, 2007.

E. Claudel, « Les sanctions en droit de la concurrence. La sanction, une institution au cœur de la politique de la concurrence », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. 425.

D. Cohen, « Punitifs, exemplaires, confiscatoires ou dissuasifs : “les dommages-intérêts affranchis du préjudice subi par le demandeur” », in *Mélanges offerts à C. Jauffret-Spinosi*, Dalloz, Paris, 2013, p. 247.

P. Combeau, J. Leblois-Happe, « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 379.

Commission des communautés européennes, *Livre vert : actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante*, COM(2005) 672 final, Bruxelles, 2005.

Conseil d'État, *Rapport public 2001. Les autorités administratives indépendantes*, Études & documents n° 52.

Ph. Conte,
 -« “Effectivité”, “inefficacité”, “sous-efficacité”, “surefficacité”... : variations pour droit pénal », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à Pierre Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 125.
 -« Remarques sur la conception contemporaine de l'ordre public pénal », in *Droit et actualité, Études offertes à J. Béguin*, Litec, Paris, 2005, p. 141.

J.-L. de Corail, « Administration et sanction. Réflexions sur le fondement du pouvoir administratif de répression », *Mélanges René Chapus*, LGDJ, coll. « Anthologie du droit », Paris, 2013.

- S. Corneloup**, « La responsabilité pour rupture brutale d'une relation commerciale établie et le droit international privé de l'Union européenne », in *Mélanges offerts au professeur P. Bloch*, Bruylant, Bruxelles, 2015, p. 419.
- G. Cosset Marchal**, « La flexibilité des sanctions en droit judiciaire privé », in *La flexibilité des sanctions, XXIe Journées juridiques J. Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 397.
- J.-M. Coulon** (dir.), *La dépenalisation de la vie des affaires*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », Paris, 2008.
- M. Crémieux**, « Réflexions sur la peine privée moderne », in *Études offertes à P. Kayser*, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, vol. I, p. 261.
- M. Cusson**, « L'effet intimidant des sanctions à la lumière des recherches récentes sur le calcul coûts-bénéfices des délinquants », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à J. Pradel*, Cujas, Paris, 2006, p. 741.
- M. Degoffe**, « La sanction à caractère punitif selon le Conseil constitutionnel », in *La sanction*, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3, L'Harmattan, Paris, 2007, p. 47.
- R. Dekkers**, « Aspects philosophiques », in *Le corps humain et le droit*, Dalloz, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. XXVI, Paris, 1975, p. 1.
- M. Delmas-Marty**,
 -« L'inflation pénale », VIème congrès de l'Association française de droit pénal, Montpellier, 1983.
 -« Légalité pénale et Prééminence du droit selon la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'A. Vitu*, éd. Cujas, Paris, 1989, p. 151.
 -« Le paradoxe pénal », in *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 2^e éd., 2002, p. 450.
- J.-P. Delmas Saint-Hilaire**, « Les principes de légalité des délits et des peines. Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat*, A. Pedone, Paris, 1980, p. 149.
- A. Deroche**, « Les origines historiques de la notion de dommages-intérêts », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2016, p. 11.
- DGCCRF**, *Note d'information n° 2014-149 du 6 août 2014*.
- R. Dosièrre**, *Rapport sur la proposition de loi, adoptée par le Sénat, tendant à préciser la définition des délits non intentionnels*, Assemblée nationale, n° 2266, 22 mars 2000.
- G. Drago, B. de Lamy**, « Les relations du droit pénal et du droit constitutionnel », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XXe congrès de l'Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 353.
- F. Drummond**, « Les sanctions en droit des marchés financiers. La sanction, instrument de régulation des marchés », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. 451.
- G. Durry**, « Plaidoyer pour une révision de la jurisprudence Costedoat : une hérésie facile à abjurer », in *Ruptures, Mouvements et continuité du droit, Autour de M. Gobert*, Economica, Paris, 2004, p. 549.
- O. Dutheillet de Lamothe**, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité », in *Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Dalloz, Paris, 2007.
- I. Ebert**, « Assurability of punitive damages », in H. Koziol and V. Wilcox (eds.), *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, SpringerWienNewYork, coll. « Tort and insurance law », vol. 25, Germany, 2009.
- I. Ekeland**, « La valeur de l'argent », in *L'argent et le droit*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1998, t. 42, p. 25.
- P. Esmein**,
 -« Peine ou réparation », *Mélanges en l'honneur de P. Roubier : Théorie générale du droit et droit transitoire*, Dalloz, Paris, 1961, p. 37.
 -« Médiation sur les conventions d'irresponsabilité en cas de dommage cause à la personne », in *Mélanges offerts à R. Savatier*, Dalloz, Paris, 1965, p. 271.
- M.-A. Esseïn**, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau, F. Sudre, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, STH, Nancy, 1990, p. 137.
- D. Fenouillet**, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Le droit privé français à la fin du XXe siècle, études offertes à P. Catala*, Litec, Paris, 2001, p. 487.
- M.-A. Frison-Roche**,
 -« Les qualités du régulateur face aux exigences du droit », in *Les régulations économiques : légitimité et efficacité*, vol. 1, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004, p. 128.

-« Le pouvoir du régulateur de régler les différends, entre office de régulation et office juridictionnel civil », in *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 269.

J.-M. Folz, C. Raysseguier, A. Schaub, *Rapport sur l'appréciation de la sanction en matière de pratiques anticoncurrentielles*, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Paris, 2010.

A. Gaudemet, « Introduction », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2016, p. 9.

J.-L. Gazzaniga, « Les métamorphoses historiques de la responsabilité », in *Les métamorphoses de la responsabilité, sixièmes journées René Savatier*, PUF, Paris, 1997, p. 3.

Th. Génicon, « Les sanctions en droit des biens, Le règle de la sanction en nature », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. 205.

L. Griffon-Yarza, « Prescription de la peine », in *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2018.

R. Guillien, « Retours sur quelques sujets d'acte juridictionnel et de chose jugée », in *Mélanges dédiés à Jean Vincent*, Dalloz, Paris, 1981, p. 117.

S. Guinchard,

-« Les moralistes au prétoire », in *Jean Foyer auteur et législateur, Écrits en hommage à J. Foyer*, PUF, Paris, 1997, p. 477.

-« Procès équitable », in *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, 2017 (actualisation mai 2019).

M. Herzog-Evans, « Confusion de peines », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2009 (actualisation oct. 2015).

L. Hugueney, « Le sort de la peine privée en France dans la première moitié du XXe siècle », in *Le droit privé français au milieu du XXe siècle, Études offertes à G. Ripert*, t. II, LDGJ, Paris, 1950, p. 249.

S. Jacopin, « Le recul de la sanction pénale ou "la dépénalisation du droit pénal des affaires" », in *Le renouveau de la sanction pénale, évolution ou révolution ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 53.

W. Jeandidier, « Des sanctions mixtes : l'exemple des sanctions fiscales et sanctions douanières », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l'université Jean Moulin Lyon 3*, L'Harmattan, Paris, 2007.

Y. Jegouzo, *Pour la réparation du préjudice écologique, rapport du groupe de travail installé par Mme. Christiane Taubira, Garde des sceaux, ministre de la Justice, Ministère de la justice, Paris, 2013*, p. 55 et s.

E. Jeuland, « Régulation et théorie générale du procès », in *Les risques de régulation*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, coll. « Thèmes et commentaires », 2005, p. 257.

P. Jourdain,

-« Retour sur l'imputabilité », in *Les droits et le Droit, Mélanges déniés à B. Bouloc*, Dalloz, Paris, 2007, p. 515

-« Du critère de la responsabilité civile », in *Liber-amicorum, Études offertes à Geneviève Viney*, LGDJ, Paris, 2008, p. 553.

-« Rapport général », in *L'indemnisation*, Société de législation comparée, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. LIV, Paris, 2008.

D. Kaminsky (Dir.), *La flexibilité des sanctions, XXIe Journées juridiques J. Dabin*, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 54.

P. Kayser, « Remarques sur l'indemnisation du dommage moral dans le droit contemporain », in *Études J. Macqueron*, PUAM, Aix-en-Provence, 1970, p. 411.

Th. Krebs, « The fallacy of "Restitution for Wrongs" », in A. Burrows, Lord Rodger of Earsferry, *Mapping the law – Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford, 2006, p. 379.

G. Launoy, « Art. 50 à 54 – Fasc. unique : actes de l'état civil – Contrôle, surveillance et responsabilité des officiers de l'état civil », *J.-Cl. civil code*, LexisNexis, 2015 (mise à jour juill. 2019).

J.-Y. Le Déaut, *Avis présenté au nom de la commission de la production et des échanges*, doc. A.N. n° 2319 au sujet de la loi relative aux nouvelles régulations économiques.

Ph. le Tourneau,

-« Des métamorphoses contemporaines et subreptices de la faute subjective », in *Les métamorphoses contemporaines de la responsabilité*, IXème journées R. Savatier, PUF, Paris, 1997, p. 19.

-« Rapport de synthèse », in *L'indemnisation*, Société de législation comparée, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. LIV, Paris, 2008, p. 4.

J. Léauté, « L'autonomie de la jurisprudence civile dans l'application des qualifications pénales », in *Mélanges L. Hugueney, Problèmes contemporains de procédure pénale*, Sirey, 1964, p. 67.

H. Lécuyer, « La sanction civile dans la loi Hamon », in *Des limites à la volonté de puissance ?*, Dalloz, coll. « Essais de philosophie pénale et de criminologie », vol. 12, Paris, 2017, p. 171.

- A. Legal**, « La responsabilité sans faute », in *Mélanges en l'honneur de M. Patin*, Cujas, Paris, 1966, p. 129.
- Y. Lequette**, « Responsabilité civile *versus* vices du consentement », in *Au-delà des codes, Mélanges en l'honneur de M.-S. Payet*, Dalloz, Paris, 2011, p. 363.
- R. Libchaber**, « Réflexions sur le “désordre juridique français” », in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à A. Decocq*, Litec, Paris, 2004, p. 405.
- Y. Lobin**, « L’astreinte en matière civile depuis la loi du 5 juillet 1972 », in *Études offertes à P. Kayser*, PUAM, Aix-en-Provence, 1979, vol. I, p. 209.
- V. Malabat**, « Les sanctions en droit pénal, Diversification ou perte d’identité », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L’esprit du droit », Paris, 2012, p. 69.
- Ph. Malaurie**, « L’effet prophylactique du droit civil », in *Études de droit de la consommation, Liber Amicorum Jean Calais-Auloy*, Dalloz, Paris, 2004, p. 669.
- M. Malaurie-Vignal**, « L’exemplarité de l’amende civile », in *Flux et reflux de la rupture d’une relation commerciale. Application de l’article L. 442-6, I, 5° du Code de commerce : excès constatés et modérations possibles. Actes du colloque tenu le 27 novembre 2017 à la Faculté de Droit et Science Politique de Montpellier*, LexisNexis, Mercuès, 2018, p. 115, n° 2.
- Ph. Malinvaud**, « De l’application de l’article 1152 du Code civil aux clauses limitatives de responsabilité », in *Mélanges en hommage à F. Terré*, Dalloz, Paris, 1999, p. 689.
- B. Mallet-Bricout**, « Préface », in *La sanction, colloque du 27 novembre 2003 à l’université Jean Moulin Lyon 3*, L’Harmattan, Paris, 2007.
- C. Mandon**, « Faut-il repenser la peine ? La peine, entre dilution et dispersion », in G. Beaussonie (dir.), *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, Actes du colloque organisé à Tours les 6 et 7 novembre 2014, LGDJ, coll. « Grandscolloques », Issy-les-Moulineaux, 2015.
- H. Matsopoulou, B. Saintourens**, « Droit pénal et droit des sociétés », in J.-C. Saint-Pau (dir.), *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XXe congrès de l’Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l’Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 175.
- Y. Mayaud**,
 -« Le droit pénal instrument de la régulation de l’activité économique et financière », in *Code de commerce, le livre du bicentenaire*, Dalloz, Paris, 2007, p. 625.
 -« Le droit pénal dans ses rapports avec les autres branches du droit », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XXe congrès de l’Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l’Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 473.
- D. Mayer**, « Le Conseil constitutionnel et le juge pénal, histoire d’une tentative de séduction vouée à l’échec », in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à B. Bouloc*, Dalloz, 2006, p. 823.
- J.-P. Métivet**, *Rapport 1998*, Cour de cassation, 1998.
- A. Mignon Colombet**, « La justice négociée en France : un modèle en construction pour les entreprises », in *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d’une mutation du droit*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 2016, p. 65.
- M. Mignot**, « Prescription extinctive – Dispositions générales », *J.-Cl. Civil code*, LexisNexis, 2016 (Mise à jour : 18 déc. 2018).
- L. Morlet-Haïdara**, « L’immunité des auteurs de fautes qualifiées », in O. Deshayes (dir.), *Les immunités de responsabilité civile*, PUF, Paris, 2009, p. 63.
- J. Motte dit Falisse**, « Conclusion », in *Du sens de la peine*, L’Harmattan, coll. « Criminologie », 2017, Paris, p. 429.
- H. Motulsky**, *Les actes de juridiction gracieuse en droit international privé*, Travaux du comité français de DIP, 1948-1952, p. 13.
- S. Mouré**, « Recherche sur la notion de dommages-intérêts (XVII^e-XVIII^e siècles) », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2016, p. 31.
- D. Norguet**, *Pour une politique pénale adaptée à la vie des affaires*, rapport CCIP, 10 janv. 2008.
- Observatoire international des prisons – section française**, « Combien coûte la prison ? Quel est le coût comparé des alternatives à la prison ? », 30 janv. 2019.
- B. Oppetit**,
 -« Les tendances régressives en droit contemporain », in *Mélanges dédiés à D. Holleaux*, Litec, Paris, 1990, p. 317.
 -« L’ambivalence de l’argent », in *L’argent et le droit*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1998, t. 42, p. 19.
- M. Pariente**, « Les groupes de sociétés et la responsabilité pénale des personnes morales », *Rev. soc.* 1993.247.

- C. Pedrazzi**, « Le rôle sanctionnateur du droit pénal », in *Le rôle sanctionnateur du droit pénal*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, Fribourg, 1985, p. 15.
- A. Peeters et I. Wattier**, « La flexibilité de la sanction en droit disciplinaire de la police », in *La flexibilité des sanctions*, XXI^e Journées juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruxelles, 2013, p. 270.
- G. Pelletier**, « Les modes de règlement des conflits offerts par la Charte des droits et libertés de la personne », in C. Samson, et J. McBride (dir.), *Solutions de rechange au règlement des conflits*, Presses de l'Université de Laval, Sainte-Foy, 1993, p. 373.
- L. Perdrix**, « Les sanctions en droit des assurances, De l'opportunité des sanctions spéciales du contrat d'assurance et de la sanction par l'assurance », in *Les sanctions en droit contemporain*, vol. 1, Dalloz, coll. « L'esprit du droit », Paris, 2012, p. 327.
- Th. Perroud**, « Les rapports entre l'administration et l'appareil judiciaire », in *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne, Paris, septembre 2016, p. 50.
- F. Picod**, « Article 51. Champ d'application », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 1059.
- F. Picod, S. Van Drooghenbroeck** (dir), « Introduction », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018.
- S. Piedelièvre**, « Les dommages et intérêts punitifs : une solution d'avenir ? », in *La responsabilité civile à l'aube du XXI^e siècle*, Bilan prospectif, colloque organisé par la Faculté de droit et d'économie de l'Université de Savoie et le Barreau de l'Ordre des avocats de Chambéry les 7 et 8 décembre 2000.
- Ph. Pierre**, « Rapport introductif », in *La responsabilité pour faute*, RCA, 2003, chron. n° 14.
- S. Pietrini, L. Nicolas-Vullierme**, « Regards critiques sur l'action de groupe en droit de la concurrence », in *L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques concurrentielles*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », Paris, 2016, p. 3.
- C. Prieto**, « Préjudices subis par les victimes et dommage à l'économie : contrecarrer la perception de la double peine », in *L'intensification de la réparation des dommages issus de pratiques concurrentielles*, IRJS, coll. « Bibliothèque de l'IRJS – André Tunc », Paris, 2016, p. 3.
- P. Raynaud**, « La notion civile d'adultère rapprochée de sa notion pénale », in *Mélanges dédiés à M. le Professeur Joseph Magnol*, Sirey, Paris, 1948, p. 353.
- D. Rebut**, « Article 49. Principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018, p. 1027.
- Ph. Rémy**, « Le principe de subsidiarité de l'action de *in rem verso*, en droit français », in *L'enrichissement sans cause, La classification des sources des obligations*, LGDJ, coll. « Collection de la Faculté de droit et de sciences sociales », Fontenay-Le Comte, 2007, p. 59.
- P. Remy-Corlay**, « De la réparation », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2011, p. 191.
- Th. Revet**, « L'argent et la personne », in *Mélanges Christian Mouly*, Litec, Paris, 1998, p. 141.
- J. Rivero**,
 -« La sanction juridictionnelle et la règle de droit », in *Études juridiques offertes à L. Julliot de La Morandière*, Dalloz, Paris, 1964, p. 457.
 - « Sur l'effet dissuasif de la sanction juridique », in *Mélanges offerts à P. Raynaud*, Dalloz, Paris 1985, p. 675.
- J.-H. Robert**, « Le principe de nécessité de la loi, le point de vue du pénaliste », in *Droit constitutionnel et grands principes du droit pénal*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », 2013, Paris, actes du colloque organisé les 8 et 9 novembre 2012 par le CERCCE et l'ISCJ, p. 49.
- Ph. Robert**, « Les effets de la peine pour la société », in *La peine, quel avenir ?*, Le Cerf, 1983, p. 105.
- B. Rolland**, « Réflexions sur la saisine d'office », in *Mélanges en l'honneur du Doyen G. Wiederkehr*, Dalloz, Paris, 2009, p. 685.
- D. Rousseau**, « L'intégration de la Convention européenne des Droits de l'Homme au bloc de constitutionnalité », in D. Rousseau, F. Sudre, *Conseil constitution et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, STH, Nancy, 1990, p. 117.
- F. Rousseau**, « La fonction réparatrice de la responsabilité pénale », in *Droit pénal et autres branches du droit, regards croisés*, Éditions Cujas, coll. « Actes et études », actes du XX^e congrès de l'Association Française de Droit Pénal, organisé les 5-6-7 octobre 2011 par l'Institut de Sciences Criminelles et de la Justice de Bordeaux, p. 125.
- P. Roy**, « Rapport Canadien », in *L'indemnisation*, Société de législation comparée, coll. « Travaux de l'association Henri Capitant », t. LIV, Paris, 2008, p. 89.

O. Sabard, « Dommages-intérêts et astreintes judiciaire et administrative », in *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2016, p. 173.

P. Sargos (prés.), *Rapport du groupe de travail de la Cour de cassation sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription*, https://www.courdecassation.fr/institution_1/autres_publications_discours_2039/discours_2202/groupe_travail_10699.html.

A. J. Sebok, « Punitive Damages in the United States », in H. Koziol et V. Wilcox (dir.), *Punitive damages : Common Law and Civil Law perspectives*, SpringerWienNewYork, coll. « Tort and insurance law », vol. 25, Germany, 2009, p. 155 et s.

J. Simon, « Quelques réflexions sur la sanction en droit des affaires », in *Le juge et le droit de l'économie – Mélanges en l'honneur de P. Bézard*, Montchrestien, Paris, 2002, p. 147.

F. Stasiak, G. Royer, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale. Les apports de l'analyse économique du droit à la réforme du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, coll. « Thèmes et commentaires », Paris, 2009, p. 289.

F. Sudre, « Les libertés protégées par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. Rousseau, F. Sudre, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme. Droits et libertés en Europe. Actes du colloque de Montpellier (20-21 janvier 1989)*, STH, Nancy, 1990, p. 17.

C. Teitgen-Colly, « Le cadre juridique de la répression administrative dans les secteurs techniques », in *Les sanctions administratives dans les secteurs techniques*, Institut des Sciences Juridiques et Philosophiques de la Sorbonne, Paris, septembre 2016, p. 83.

D. Terré, « Les vertus de l'argent ou la quête du spirituel », in *L'argent et le droit*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1998, t. 42, p. 71.

F. Terré,

-*Pour une réforme du droit des contrats*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2009.

-*Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2011.

-« Le préjudice moral », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile, op. cit.*, p. 223

A. Touzain, « L'imputation de la responsabilité, apport de l'unité du droit au droit de la responsabilité civile », « L'imputation de la responsabilité, Apport de l'unité du droit au droit de la responsabilité civile », in M. Touzeil-Divina et M. Sweeney (dir.), *Voyages en Unité(s) juridique(s) pour les dix années du Collectif L'Unité du Droit*, éd. L'épitoque, Lextenso, coll. « Académique », vol. 2, Paris, 2015, p. 303 et s..

D. Truchet, « L'argent et la liberté », in *L'argent et le droit*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1998, t. 42, p. 55.

A. Tunc,

-« Responsabilité civile et dissuasion des comportements antisociaux », in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à M. Ancel*, t. 1, A. Pedone, Paris, 1975, p. 407.

-« Le droit en miettes », in *La responsabilité*, Sirey, coll. « Archives de philosophie du droit », Paris, 1977, t. 22, p. 31.

R. Vabres, « Fasc. 1151 : Autorité des marchés financiers. – Pouvoir de sanction », in *J-Cl. Banque – Crédit – Bourse*, LexisNexis, 2014 (mise à jour sept. 2018).

S. Van Drooghenbroeck et C. Rizcallah, « Article 52-1. Limitations aux droits garantis », in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruylant, Bruxelles, 2018.

M. Van de Kerchove,

-« Les frontières des normes pénales », in Ph. Robert, F. Soubiran-Paillet, M. Van de Kerchove, *Normes, normes juridiques, normes pénales, pour une sociologie des frontières*, t. II, L'Harmattan, collection Logiques sociales, Paris, Montréal, 1997, p. 77.

-« Les caractères et les fonctions de la peine », in *Les droits de l'Homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 348.

M. Villey, « Esquisse historique sur le mot "responsable" », in *la responsabilité à travers les âges*, Economica, Paris, 1989.

G. Viney,

-« Rapport de synthèse », in *La responsabilité, aspects nouveaux*, LGDJ, Paris, 1999, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. L., p. 1.

-« Exposé des motifs », in *Avant-projet du droit des obligations et du droit de la prescription, rapport à Monsieur Pascal Clément, Garde des Sceaux, Ministre de la justice*, p. 141.

-« Préface », in N. Cayrol (dir.), *La notion de dommages-intérêts*, Dalloz, coll. « Thèmes & commentaires », Paris, 2016.

M. de Virville (dir.), *Pour un code du travail plus efficace : rapport au ministre des affaires sociales, du travail et de la solidarité*, La documentation française, coll. « Rapports officiels », Paris, 2004.
V. Wilcox, « Punitive Damages in England », in H. Koziol et V. Wilcox (dir.), *Punitive damages : Common law and civil law perspectives*, SpringerWienNewYork, coll. « Tort and insurance law », vol. 25, Germany, p. 7.

ARTICLES ET CHRONIQUES

Articles non signés :

-« Non-respect des délais de paiement dans les relations entre professionnels : durcissement des sanctions », *Cahiers de droit de l'entreprise* 2014, prat. 28.

P. Adam, « De la responsabilité civile du salarié », *Droit soc.*, 2018.465.

O. Akyurek, « La class action enfin adoptée ! », *LPA* 2014/60, p. 3.

H.-J. Albrecht, « L'économie du droit pénal et de l'exécution des peines, Évolution et tendances de l'aspect économique du droit pénal », *Rev. crim. et pol.*, Technique, 1997, p. 17.

S. Amrani-Mekki, « Action de groupe, mode d'emploi », *Procédures* 2014, étude 16.

M. Ancel, « Le problème de la peine de prison », *Rev. dr. pén. et crim.*, 1976-1977, p. 821.

M.-E. Ancel, « L'article L. 442-6-I, 5° du Code de commerce en droit international privé », *RJ com.* 2009. 200.

O. Ancelin-Menais, « L'imputabilité des pratiques anticoncurrentielles », *JCP E* 2008, 1428..

L. Arcelin,

-« "L'adaptabilité" du principe de personnalité des peines aux sanctions administratives du droit économique », *AJ Contrats d'affaire – Concurrence – Distribution*, 2016.338.

-« La conquête du droit du marché par la notion d'entreprise », *RTD com.* 2018.575.

Ch. Atias, « Tendances d'un temps ou inexorable loi du droit ? », *D.* 2010.2536.

M. Attal, « Les fondements multiples de la notion d'abus de droit d'agir en justice », *Dr. et pat.* 2017/269.

B. Aubert, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la CJUE », *AJ pénal* 2015.175.

J.-M. Auby, « Les sanctions administratives en matière de circulation automobile », *D.* 1952.1.111.

M.-L. Augagneur, « La compliance a-t-elle une valeur ? », *JCP E* 2017, 1522.

M. Autessere, « À quoi sert le casier judiciaire des mineurs ? », *RSC* 2003.309.

G. Auzero, « L'application de la faute personnelle détachable des fonctions en droit privé », *D. aff.* 1998.502.

L. d'Avout,

-« Droit du commerce international », *D.* 2011.2434.

-« Droit du commerce international », *D.* 2016.2025.

-« Droit du commerce international », *D.* 2017.2054.

L. Ayrault, « Le renforcement des sanctions », *Dr. fisc.* 2014, 701.

J. Azéma, « Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs », *GP* 2001, p. 1962.

T. Azzi, « La loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon », *D.* 2008.700.

M. Bacache,

-« La réparation de la perte de chance : quelles limites ? », *D.* 2013.619.

-« Action de groupe et responsabilité civile », *RTD civ.* 2014.450.

-« Responsabilité civile », *JCP G* 2018, I 1192.

E. L. Bach, « Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps », *RTD civ.* 1969.405.

N. Balat, « Forclusion et prescription », *RTD civ.* 2016.751.

Th. Ballot, « Réflexions sur les sanctions patrimoniales à la lumière du recouvrement des avoirs issus de la corruption transnationale », *RSC* 2013.321.

H. Barbier,

-« Une clause pénale excessive créant un déséquilibre significatif peut-elle être annulée plutôt que réduite ? », *RTD civ.* 2015.606.

-« La regrettable distinction entre sanctions pénales et sanctions administratives ou civiles afin d'en déterminer leur transmissibilité en cas de fusion », *RTD civ.* 2016.628.

G. Barbier, B. Laurent, G. Guého, Th. Azéma, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2015.110.

J.-F. Barbiéri, « Responsabilité civile des personnes morales ; précision sur les contours de la "faute séparable" », *Rev. soc.* 2003.479.

- J. Barthélemy**, « La sanction professionnelle », *Justice et cassation*, 2005, p. 14.
- A. Bazot, R.-C. Mader**, « Le droit de la concurrence constitue-t-il une réponse adaptée aux besoins des consommateurs », in *Droit de la concurrence et droit de la consommation : complémentarité ou divergences ?*, *RLC* 2006/9, p. 150.
- G. Beaussonie**,
 -« L'office du juge en droit pénal », *RDA* 2017/13-14, p. 122.
 -« Quelques observations à partir de (et non sur) l'auto-blanchiment », *AJ Pénal* 2016.192.
 -« Droit pénal des affaires », *RJC*, 2018/5, p. 420.
- M. Béhar-Touchais**,
 -« L'amende civile est-elle un substitut satisfaisant à l'absence de dommages et intérêts punitifs ? », *LPA* 2002/232 p. 36.
 -« À la recherche d'une plus grande effectivité dans la lutte contre les pratiques restrictives », *RLC* 2005/2, p. 39.
 -« Influence éventuelle de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile sur le droit des pratiques restrictives », *RLC*, 2006/41.
 -« La sanction du déséquilibre significatif dans les contrats entre professionnels », *RDC* 2009.202.
 -« Actualité des pratiques restrictives de concurrence », *RLDC* 2009/20 p. 146
 -« L'article 6 du règlement Rome II et les pratiques restrictives de concurrence internationales », *RLC* 2010/22.
 -« Mutations du droit des pratiques restrictives de concurrence », *RLDA* 2010/46, p. 66.
 -« Un déséquilibre significatif à deux vitesses », *JCP G* 2015, doct. 603.
 -« L'amende civile de l'article L. 442-6, III, du Code de commerce respecte-t-elle le principe d'égalité devant la loi ? », *RDC* 2017, p. 291.
 -« Les différentes pratiques restrictives de concurrence dans les ordonnances du 24 avril 2019 », *JCP E* 2019, 1363.
- J.-B. Belda**, « Turbulence en droit de la responsabilité civile : regard critique sur la pratique du subroking », *RLC* 2019/167.
- A. Bellezza**, « Brèves observations relatives aux lois du 20 janv. 2017 concernant les autorités publiques et administratives indépendantes », *RSC* 2017.560.
- A. Bénabent**,
 -« Pénalisation, commercialisation et ... droit civil », *Pouvoirs* 2003/4, n° 107, p. 54.
 -« La mise en œuvre de la responsabilité civile », *LPA* 2005/14, p. 31.
- M. Bénéjat**, « Les relations du droit pénal et de la bioéthique », *AJ pén.* 2012.392.
- M. Benillouche**, « La peine minimale : une résurgence du passé contraire à la Constitution ? », *JCP G* 2018, 875.
- F. Benoît-Rohmer**, « Chronique Les droits fondamentaux dans l'Union européenne - Droit à ne pas être jugé ou puni pénalement deux fois pour une même infraction », *RTD eur.* 2015.184.
- O. Berg**, « Amende civile ou dommage et intérêts collectifs », *RCA* 2019/4, étude 3.
- B. de Bertier-Lestrade**, « Des fautes sans responsabilité », *LPA* 2005/17, p. 5.
- J. Bigot**, « Assurance automobile : la carotte et le bâton », *JCP* 1983, I 3126.
- Ph. Billet**, « Préjudice écologique : les principales propositions du rapport Jégouzo », *Environnement*, 2013, alerte 187.
- R. Birmingham**, « Breach of Contract, Damage Measures, and Economic Efficiency », *Rutgers Law Review* 1970, p. 273.
- J.-B. Blaise**, « La sanction pénale », *JCP E*, 2013, 1170.
- G. Blanluet**, « La responsabilité professionnelle du fait d'autrui », *LPA* 2001/137, p. 89.
- E. Blary-Clément**, « Spécificités et sanctions des manœuvres dilatoires dans le procès civil », *JCP G* 1991, I 3534.
- D. Boccon-Gibod**, « Les exigences contradictoires d'un régime raisonné de la prescription de l'action publique », *AJ pénal* 2016.297.
- M. Boizard**, « Les sanctions pénales applicables aux personnes morales », *Rev. sociétés*, 1993.330.
- S. Bonifassi**, « Juridiciarisation à l'américaine et / ou pénalisation à la française : sortir de l'équivoque », *GP* 2002/311, p. 3.
- Ph. Bonneville, E. Broussy, H. Cassagnabère, Ch. Gänsler**, « Chronique de la jurisprudence de la CJUE », *AJDA* 2018.329.
- C. Bontems**, « Les dommages et intérêts dans les lois barbares », *Revue historique de droit français et étranger*, p. 454.
- L. Boré**, « Le juge pénal, l'astreinte et les condamnations à une obligation de faire », *GP*, 1996, II, p. 654.
- J.-S. Borghetti**,
 -« La qualification de clause pénale », *RDC* 2008, p. 1158

- « Faut-il distinguer les dommages et intérêts compensatoire et les dommages et intérêts en lieu et place de la prestation ? », *RDC* 2016, p. 787.
- « L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *D.* 2016.1442.
- O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert, K. Parrot**, « Droit des étrangers et de la nationalité », *D.* 2018.313.
- A. Botton**, « Bilan de trois années de QPC – “Droit pénal, procédure pénale et liberté individuelle” », *Nouveaux cahiers du droit constitutionnel*, 2013/40, p. 83.
- X. Boucobza, Y.-M. Serinet**, « La régulation des groupes internationaux de sociétés : universalité de la compliance versus contrôles nationaux », *JDI* 2019/1, p. 3.
- B. Bouloc**, « La dépenalisation dans le droit pénal des affaires », *D.* 2003.2492.
- R. Bouniol**, « Lutte contre le dopage, les fédérations sportives n'ont plus de pouvoir disciplinaire », *D.* 2019.772.
- M.-E. Boursier**,
- « Les 25 ans de TRACFIN, enjeux et défis », *JCP G* 2016, 3.
- « La mondialisation du droit pénal économique », *RSC* 2017.465.
- J. Bourthoumieux**, « Dommages punitifs », *RDGA* 1996.861.
- D. Brach-Thiel**, « Dépenalisation, mythe ou réalité ? Deux grands mythes du droit pénal du travail à dynamiter », *Rev. jur. comm.*, 2017/2, p. 279.
- M. Brenaut**, « De l'effet constitutif du jugement de condamnation pénale et ses conséquences en droit transitoire : grande puis petite controverse entre Roubier, Merle et Vitu », *RDA* n° 18, p. 37.
- C. Brenner**,
- « De quelques aspects procéduraux de la réforme de la prescription extinctive », *RDC* 2008.1422.
- « Chronique de jurisprudence », *GP* 2012/59, p. 14.
- C. Brenner, H. Lécuyer**, « La réforme de la prescription », *JCP E* 2009, 1169.
- J.-J. de Bresson**, « Inflation des lois pénales et législation ou réglementations techniques », *RSC* 1985.241.
- J. Brethe de la Gressaye**, « Sur la responsabilité civile de l'amende pour le délit d'autrui », *Rev. crit.* 1924.297.
- J.-F. Brisson**, « Les pouvoirs de sanction des autorités de régulation et l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme à propos d'une divergence entre le Conseil d'État et la Cour de cassation », *AJDA* 1999.847.
- Ph. Brun**, « Premiers regards sur l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *Lamy line Civil*, Septembre 2016.
- Ph. Brun, P. Jourdain**, « Responsabilité civile », *D.* 2008.2894.
- F. Brunet**, « De la procédure au procès : le pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes », *RFDA* 2013.113.
- V. Bück**, « Le Conseil constitutionnel et les réformes pénales récentes », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001/10.
- F Buy**, « La (décevante) réforme du droit des relations commerciales », *D.* 2019.1122.
- F. Caballero**, « Plaidons par procureur ! De l'archaïsme procédural à l'action de groupe », *RTD civ.* 1985.247.
- P. Cagnoli**, « Abrogation de la saisine d'office : et ensuite ? », *Rev. proc. coll.* 2016, dossier 7, n° 5.
- J. Calais-Auloy**,
- « Les délits à grande échelle en droit civil français », *RIDC* 1994.379.
- « La class action et ses alternatives en droit de la consommation », *LPA* 2005/115, p. 29.
- M.-T. Calais-Auloy**, « La dépenalisation en droit pénal des affaires », *D.* 1988, chron., p. 315.
- J.-E. Callon**, « L'abus du droit au juge peut-il être sanctionné ? », *LPA* 2000/62, p. 4.
- F. Caorla**, « Le droit pénal sauvé du naufrage ? », *Rev. pénit.* 2008.10.
- M. Cappalleti**, « Réflexions comparatives sur le rôle de la punition en droit de la responsabilité délictuelle », *RDC* 2019/4, p. 293.
- J.-M. Carbasse**, « Le droit pénal dans la Déclaration des droits », *Droits*, 1988/8, p. 123.
- R. Cario**, « Médias et insécurité : entre droit d'informer et illusions sécuritaires », *D.* 2004.75.
- Ch. Caron, G. Decocq**, « Concurrence déloyale et pratiques restrictives », *JCP E* 2007, 2303.
- S. Carval**,
- « Vers l'introduction en droit français des dommages-intérêts punitifs ? », *RDC* 2006, p. 822.
- « Avant-projet de loi de réforme de la responsabilité civile. Observations et propositions de modification », *JCP G* 2016, supplément au n° 30-35, p. 42.
- « Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *JCP G* 2017, 401.
- « Les intérêts compensatoires », *D.* 2017.414.

N. Catelan, « Constitution vs CESDH vs UE : *ne bis in idem* et la répression des opérations d'initiés », *RSC* 2016.467.

J.-J. Caussain, F. Deboissy, G. Wicker,

-« Sociétés (en général) – Droit des sociétés », *JCP E* 2003, 1203.

-« Droit des sociétés », *JCP E* 2004, 1510

Centre de droit de la concurrence Yves Serra,

-« Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2015.2526.

-« Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2017.2444.

-« Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2018.2326.

A. Cerf-Hollender, « Cumul de poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger », *RSC* 2017.325.

F. Chabas,

-« La réforme de l'astreinte », *D.* 1972, Chron. 271.

-« La réforme de l'astreinte », *D.* 1992.299.

J. Chacornac,

-« La répression des abus de marché à l'épreuve de la prévisibilité des peines : vers un autre Grande Stevens ? », *D.* 2016.1264.

-« L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de *non bis in idem* ? », *RSC* 2019.333.

D. Chagnollaud, « La sanction (administrative) et le juge constitutionnel : Montesquieu, malgré tout ? », *Justice et cassation* 2005, dossier : les sanctions.

M. Chagny,

-« La place des dommages-intérêts dans le contentieux des pratiques concurrentielles », *Rev. Lamy concurrence*, 2005/4.

-« La notion de dommages et intérêts punitifs et ses répercussions sur le droit de la concurrence. Lectures plurielles de l'article 1371 de l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *JCP G* 2006/25, I 149.

-« Une (r)évolution du droit français de la concurrence ? À propos de la loi LME du 4 août 2008 », *JCP G* 2008, I 196.

-« Vers un droit unifié et réformé des pratiques commerciales déloyales », *RLC* 2017/66.

-« Quelle refonte du titre IV du livre IV du Code de commerce après l'ordonnance n° 2019-359 ? », *JCP E* 2019, act. 304.

A. de Chaisemartin, « Les enseignements du contrôle juridictionnel sur les procédures de sanction des autorités de marché », *Justice et cassation* 2005, Dossier : les sanctions.

F. Chaltiel, « La loi relative aux autorités administratives indépendantes », *LPA*, 2018/86, p. 8.

F. Chaput, « L'autonomie de la filiale en droit des pratiques anticoncurrentielles », *CCC* 2010, étude 1.

M.-A. Chardeaux, « L'amende civile », *LPA* 2018/22, p. 6.

J. Charmont, « L'abus de droit », *RTD. civ.* 1902.113.

B. Charot, « *Non bis in idem* : l'utilisation de ce principe dans la stratégie contentieuse en droit des affaires », *JCP E* 2015, 1400.

J. Chevallier,

-« Réflexions sur l'arrêt Cadot », PUF, Droits, 1989, n° 9, p. 85.

-« La nouvelle réforme des télécommunications : rupture et continuités », *RFDA* 1996.909.

E. Chevrier, « La résurrection de l'article L. 442-6 III du Code de commerce », *D.* 2008.2067.

A.-S. Choné-Grimaldi, « L'interdiction des prix abusivement bas », *JCP E* 2019, 1364.

E. Claudel,

-« Mutations récentes du droit de la concurrence », *RTD com.* 2000.877.

-« Réformes du droit français de la concurrence : le grand jeu ? [1^{re} partie] », *RTD com.* 2008.698, n° 22.

-« Projet de communiqué sur la méthode de détermination de la sanction pécuniaire : un texte utile mais perfectible », *RTD com.* 2011.74.

-« Action de groupe et autres dispositions concurrence de la loi consommation : un dispositif singulier », *RTD com.* 2014.339.

- « Transposition de la directive du 26 novembre 2014 sur les actions en dommages et intérêt en droit de la concurrence : la porte est grande ouverte aux actions en réparation », *RTD com.* 2017.305.

S. Clavel, F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *D.* 2018.966.

M. Cohen-Branche, « Autorité administrative indépendante – Le droit répressif non pénal : un droit plus adapté ? L'exemple de l'Autorité des marchés financiers », *Droit pénal*, 2009, étude 22.

Ph. Conte,

-« Le lampiste et la mort », *Dr. pén.* 2001/1, chron. 2.

-« 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Droit pénal* 2006, étude 4.

-« Aux fous ? », *Dr. pén.* 2008/4, repère 4.

C. Corgas-Bernard, « Le préjudice extrapatrimonial à l'épreuve des réformes », *RCA* 2012, étude 5.

D. Costa, « L'Autorité des marchés : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA* 2005.1174.

J.-M. Coulon, « Les nouveaux champs de la pénalisation, excès et lacunes », *Pouvoirs* 2009, n° 128, p. 5.

A. Couret,
 -« Comply or explain : les destinées françaises du principe », *Bull. Joly soc.* 2017/3, p. 202.
 -« Les figures du procureur privé », *D.* 2018.1545.
 -« La passion de punir et le droit de l'entreprise », *D.* 2018.1745.

H. Croze et R. Laffly, « Dispositions de procédure civile générale du décret n° 2017-892 », *JCP G* 2017, 600.

J. Danet, « La prescription de l'action publique : quels fondements et quelle réforme ? », *AJ pénal* 2006.285.

A. Danis-Fatôme, G. Viney, « La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *D.* 2017.1610.

A. Darsonville, « Recul du point de départ de la prescription de l'action et suspension du délai : le flou actuel et à venir ? », *AJ pénal* 2016.306.

D. Dassa – Le Deist, « Cui Bono ? À qui profite le crime ? », *GP* 2014/133.

R. Dati (Entretien avec), garde des Sceaux, ministre de la Justice, « Si les règles sont trop nombreuses, trop contraignantes, elles découragent l'activité économique », *JCP G*, 2007, doct. 198.

E. Debeats, N. Jacquinot, « Droit constitutionnel », *D.* 2018.1344.

F. Debove, « Politique pénale – L'overdose législative », *Droit pénal*, 2004, étude 10.

D. Dechenaud, « Nouvelles menaces sur le droit pénal des affaires, libres propos au sujet de l'avant-projet du futur Code de procédure pénale », *Droit pénal* 2010, étude 13.

O. Décima, « C'est grave ? », *D.* 2016.2442.

G. Decocq, « Le développement du Private enforcement ? », *CCC* 2013, repère 8.

B. Deffains, « Les effets bénéfiques des actions de groupe : une approche économique », *in Vers une action de groupe ... à la française, Concurrences* 2008/2, p. 34.

M. Degoffe, « Typologie des sanctions de l'administration », *JCP A*, 2013, 2075.

V. Delaporte, « Les sanctions en droit français et communautaire de la concurrence », *Justice et cassation* 2005, Dossier : les sanctions.

Ph. Delbecque, J.-D. Bretzner, I. Gelbard-Le Dauphin, « Droit de la preuve », *D.* 2011.2891.

M. Delmas-Marty,
 -« Les délits financiers commis dans cadre des sociétés commerciales », *D.* 1978.87.
 -« Le droit pénal, l'individu et l'entreprise, culpabilité du fait d'autrui ou du décideur », *JCP G*, 1985, I 3218.
 -« Code pénal d'hier, droit pénal d'aujourd'hui, matière pénale de demain », *D.* 1986, chron. p. 27.

P. Delvolvé, « Le pouvoir de sanction et le contrôle du juge », *LPA*, 17 sept. 2001, p. 18.

D. Demeyer, « Les fautes de gestion dans la responsabilité pour insuffisance d'actif des dirigeants sociaux », *GP* 2013/96.

A. Demichel, « Le droit pénal marche en arrière », *D.* 1995.213.

F. Descorps Declère, « Pour une réhabilitation de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *RTD com.* 2003.25.

Y. Desdevises, « L'abus du droit d'agir en justice avec succès », *D.* 1979, chron. IV.

S. Detraz, « La théorie des infractions d'intérêt général : moribonde ou assainie ? », *Procédures* 2009, étude 10.

P. Deumier, « Les divergences de jurisprudence : nécessité de leur existence, nécessité de leur résorption », *RTD civ.* 2013.557.

E. Dezeuze, « La refonte de la répression des abus de marché – Loi n° 2016-819 du 21 juin 2016 », *JCP G* 2016, 846.

Ph. Didier, « Les fonctions de la responsabilité civile des dirigeants sociaux », *Rev. soc.* 2003.238.

N. Dissaux, « Projet de réforme de la responsabilité civile et droit de la distribution », *AJ Contrat* 2017.205.

M. Dobkine, « L'ordre répressif administratif », *D.* 1993.157.

J.-M. Domenach, « En finir avec les prisons », *Esprit*, juill.-août 1972.

R. Drago, « Le juge judiciaire, juge administratif », *RFDA* 1990.757.

C. Dreveau, « Réflexions sur le préjudice collectif », *D.* 2011.249.

E. Dreyer,

-« La faute lucrative des médias, prétexte à une réflexion sur la peine privée », *JCP G* 2008/43, doct. 201.

-« Un an de droit européen en matière pénale », *Dr. pén.* 2010, chron. 3.

-« Sur les fonctions respectives de l'amende et de la confiscation », *GP* 2014/133.

-« L'objet de la sanction pénale », *D.* 2016.2583.

-E. Dreyer, « Réforme de la prescription : le baiser empoisonné », *GP* 2017/4, p. 40.

-« L'amende civile concurrente de l'amende pénale ? », *JCP E* 2017, 1344.

-« La sanction de la faute lucrative par l'amende civile », *D.* 2017.1136.

F. Drummond, « Le fabuleux destin de la règle non bis in idem », *BJB* 2014/12, p. 605.

C. Ducouloux-Favard, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004/54, p. 3.

O. Dufour,

-« Le chantier de la dépenalisation est lancé ! », *LPA* 2007/204, p. 3.

-« *Ne bis in idem* : un principe simple, une mise en œuvre complexe », *LPA* 2015/206.

P. Dufourq, « Publication de la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre », *JCP E* 2017, act. 250.

M. Dugué, S. Prétot, « Regards sur le projet de réforme de la responsabilité civile », *Droit et Patrimoine*, 2017/269.

G. Durry, « Responsabilité civile », *RTD civ.* 1971.139.

A. Esmein, « L'origine et la logique de la jurisprudence en matière d'astreinte », *RTD civ.* 1903.5.

P. Esmein,

-« Les astreintes, leurs nouvelles applications », *GP* 1941, I doct. p. 81.

-« La faute et sa place dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1949.481.

M. Faillet-Sblandano, « Les actions de groupe in futurum », *LPA* 2016/105, p. 6.

D. Fasquelle,

-« Concurrence déloyale, amende civile ou dommages punitifs ? », *GP* 2001 p. 1681.

-« L'existence des fautes lucratives en droit français », *LPA* 2002/232, p. 27.

D. Fasquelle, R. Mesa, « La sanction de la concurrence déloyale et du parasitisme économique et le rapport Catala », *D.* 2005.2666.

J. Farina-Cussac, « La sanction punitive dans les jurisprudences du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne des droits de l'homme (éléments pour une comparaison) », *RSC* 2002.517.

Y. Faure, C. Malverti, « Didier a vingt ans. L'entrée dans l'âge adulte ? », *AJDA* 2019.506.

B. Fauvarque-Cosson, « L'obligation de restituer les profits tirés de la violation du contrat. L'arrêt *Attorney General v. Blake* : la consécration, par la Chambre des Lords, d'une nouvelle variété de dommages-intérêts, fondée non plus sur l'existence d'un préjudice mais sur le profit tiré de la rupture du contrat », *RDC* 2005, p. 479.

J.-Ph. Feldman, « Les "autorités administratives indépendantes" sont-elles légitimes ? Sur les AAI en général et le Conseil supérieur de l'audiovisuel en particulier », *D.* 2010.2852.

D. Fenouillet, « Class actions, suite ... au prochain numéro ? », *RDC* 2006, p. 380.

D. Ferrier,

-« Concurrence-Distribution », *D.* 2011.540.

-« Concurrence-Distribution », *D.* 2015.943.

-« Concurrence-Distribution », *D.* 2018.865.

-« Concurrence-Distribution », *D.* 2019.783.

A. Fiorentino, « Les dommages-intérêts punitifs en droit américain : fausse polémique ou vraie monstruosité prétorienne ? - L'exemple des discriminations », *JCP S*, 2015, 1426.

A. Fitte-Duval, « La théorie des apparences, nouveau paradigme de l'action publique ? », *AJDA* 2018.440.

J.-F. Flauss, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 2005.1886.

Ph. Flores, E. Wurtz, N. Sabotier, F. Ducloz, S. Mariette, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2016.1588.

L. Fonbaustier, « Promouvoir et améliorer la réparation du préjudice écologique, A propos du rapport du 17 septembre 2013 », *JCP G* 2013/40, 1006.

E. Fortis, M. Segonds, « La dépenalisation du droit du travail, un objectif caduc ? », *Rev. trav.* 2012.402.

T. Fossier, « Les astreintes prononcées par les juridictions pénales : occasions manquées », *JCP G* 1998 I 126.

N. Fournier de Crouy, « Consécration de la faute lucrative en droit commun : pourquoi ne dit-elle pas son nom ? Regard porté sur la constitutionnalité et l'efficacité de l'article 1266-1 du projet de réforme de la responsabilité civile », *LPA* 2017/223, p. 5, n° 2.

J. Francillon, « Médias et droit pénal », *RSC* 2000.59

M. Fréjaville,

- « L'astreinte », *D.* 1949 chron. p. 1.

-« La valeur pratique de l'astreinte », *JCP*, 1951, I 910.

N. Fricero, « Une justice civile en pleine mutation ! À propos du rapport 2018 de la CEPEJ sur les systèmes judiciaires », *JCP G* 2018, II 1067.

M.-A. Frison-Roche,

-« QPC, autorité de concurrence, autorité de régulation économique et financière : perspectives institutionnelles », *LPA* 2011/194, p. 25.

-« Principe d'impartialité et droit d'auto-saisine de celui qui juge », *D.* 2013.28.

-« Le droit de la compliance », *D.* 2016.1871.

-« Compliance et personnalité », *D.* 2019.604.

A. Garraud, « La faute lucrative et sa sanction, ou l'ombre pénaliste sur les effets de la responsabilité civile », *LPA* 2017/11, p. 5.

H. Gaudemet-Tallon, F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *D.* 2017.1011.

P.-Y. Gautier, « Fonction normative de la responsabilité », *D.* 2008.727.

C. Gauvin, « Les sanctions des droits de la personnalité, une étude de droit civil », *Communication Commerce électronique*, 2004/3, chron. 8.

B. Genevois, « Le conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA* 1989.671.

Th. Genicon, « Contre l'introduction du "coût manifestement déraisonnable" comme exception à l'exécution forcée en nature », *Dr. et patr.* 2014, p. 63.

Ph. Gerbay, « Arrêt d'exécution provisoire ou sursis à exécution de l'astreinte liquidée ? », *Procédures*, 2009, étude 8, n° 7.

M. Giacomelli, « Renforcer l'efficacité et le sens de la peine », *JCP G* 2019, 386.

B. Gimonprez, « Pour une responsabilité des sociétés mères du fait de leurs filiales », *Rev. soc.* 2009.715.

C. Ginestet,

-« Les modalités de la poursuite des infractions d'affaire », *LPA* 2008/122, p. 19.

-« La dépenalisation du droit des sociétés ? », *RLDA* 2010/46.

A. Giudicelli, « Le principe de légalité en droit pénal français », *RSC* 2007.509.

O. Gout, « Rapport introductif. Notion et enjeux des concours de responsabilités », in *Les concours de responsabilités : entre dialogue et conflits*, RCA 2012, Dossier, p. 8.

L. de Graëve, « Réflexions sur le souhait de remettre les pendules (de la matière répressive) à l'heure - . - (à propos de Cass. crim., 22 janv. 2014, n° 12-83.579 et Cass. com. 21 janv. 2014, n° 12-29.166) », *Dr. pén.* 2014, étude 6.

L. Gratton, « Le dommage déduit de la faute », *RTD civ.* 2013.275.

F. Graziani, « La généralisation de l'amende civile, entre progrès et confusions », *D.* 2018.428.

M. Grévy, « La sanction civile en droit du travail », *Droit social* 2001.598.

J.-P. Gridel, « La cour de cassation française et les principes généraux du droit privé », *D.* 2002.228.

H. Groutel, « Aujourd'hui, c'était en 1876 », *RCA*, 2017/2, repère 2.

F. Grua, « Le dépôt de monnaie en banque », *D.* 1998.259.

L. Grynbaum,

-« Une illustration de la faute lucrative : le "piratage" de logiciels », *D.* 2006.655.

-« Assurances 2017-2018 », *L'Argus de l'assurance*, Lonrai, 2016.

G. Guého, E. Pichon, B. Laurent, L. Ascensi et G. Barbier, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017.1557.

Ph. Guillermin, « Droit de la consommation : l'absence d'une véritable alternative à la voie pénale », *AJ pénal* 2008.73.

S. Guinchard,

-« L'action de groupe en procédure civile française », *RID comp.* 1990, p. 599.

-« Une *class action* à la française ? », *D.* 2005.2180.

Y. Guyon, « De l'inefficacité du droit pénal des affaires », *Pouvoirs*, n° 55, p. 41.

K. Haeri, B. Javaux,

-« L'action de groupe à la française, une curiosité », *JCP G* 2014, I 375.

-« Le bilan des actions de groupe 4 ans après », *JCP G* 2018, 1226.

L. Hamon, « Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière », *D.* 1960.253.

K. Haeri, B. Javaux, H. J. Adler, « La réforme de la rupture brutale des relations commerciales établies : un encadrement dans la continuité », *RLC* 2019/86.

G. Henry, « Les nouvelles méthodes d'évaluation du préjudice en matière de contrefaçon : entre régime compensatoire et peine privée », *Comm. Com. El.*, 2009, étude 2.

D. H. J. Hermann, « Review of “Economic Analysis of Law,” By Richard A. Posner », *Washington University Law Review*, 1974, p. 354.

D. Hiez, « Réforme de la coopération agricole sous le signe de la méfiance », *RTD com.* 2019.425.

C. d’Hoir-Laupêtre, « Les groupes de sociétés : vers une meilleure corrélation entre pouvoirs et responsabilités », *LPA* 2012/122, p. 5.

O. W. Holmes, « The path of the law », Discours prononcé le 8 janvier 1897, *Boston University Law Review* 1998, p. 699.

M. Houssin, « Critique de la reconnaissance du préjudice moral des personnes morales », *D.* 2018.366.

D. Houtcieff, « Les class actions devant le juge français : rêve ou cauchemar ? », *LPA* 2005/115, p. 42.

H. G. Hubrecht, « La notion de sanction administrative », *LPA*, 1990/8.

J. Huet, Th. Lamarche, « Extinction du droit de créance ou prescription de l’action : what a question ! », *JCP E* 2012, 1529.

L. Idot, « La responsabilité professionnelle quasi-répressive : l’exemple du droit de la libre concurrence », *LPA* 2001/137, p. 34.

P. Idoux, « Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales », *RFDA* 2010.920.

Z. Jacquemin, « Pour une reconnaissance de la spécificité contractuelle dans les effets de la responsabilité ; note sous avant-projet de loi de portant réforme du droit de la responsabilité civile », *RDC* 2016, p. 809.

G. Jahan, « Doit-on importer les class actions en France pour mieux défendre le consommateur », *GP* 2006/292, p. 20.

K. Jakouloff, « Pour l’insertion de dommages et intérêts punitifs au sein du projet de réforme du droit des contrats », *RLDC* 2016/4.

Ch. Jamin, « Le rendez-vous manqué des civilistes français avec le réalisme juridique. Un exercice de lecture comparée », *Droits* 2010/51, p. 137.

Th. Janville, « Frais et dépens », *GP* 2004/8, p. 7.

C. Jauffret-Spinosi, « Les dommages et intérêts punitifs dans les systèmes de droit étranger », *LPA* 2002/232, p. 8.

B. Javaux, « L’amende civile, entre sanction pénale et punitive damages ? », *JCP G* 2019, 152.

A. Jeammaud, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990.199.

P.-G. Jobin, « La diffamation d’un groupe au Québec », *RTD civ.* 2013.67, p. 74.

Ph. Jestaz,
 -« La sanction ou l’inconnue du droit », *D.* 1986.197.
 -« Définir le droit ... ou l’observer », *RTD civ.* 2017.775

P. Jourdain,
 -« Responsabilité civile », *RTD civ.* 1992.766.
 -« Responsabilité civile », *RTD civ.* 2004.294.
 - « Comment traiter le dommage potentiel ? », *RCA* 2010/3, Dossier 11.
 -« Rapport introductif », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage ?*, *LPA* 2002/232, p. 3.
 -« Conclusion prospective », *RCA* 2013/5, dossier 35.

E. Juen, « Vers la consécration des dommages-intérêts punitifs en droit français », *RTD Civ.* 2017.565.

J. Julien, « Responsabilité du fait d’autrui », in *Répertoire de droit civil*, Dalloz, Paris, 2011 (actualisation mars 2018).

P. Kamina, « Dommages et intérêts, quelques réflexions sur les dommages et intérêts punitifs en matière de contrefaçon », *Cahiers de droit de l’entreprise*, 2007/4, dossier 23.

P. Kayser, « L’astreinte judiciaire et la responsabilité civile », *RTD civ.* 1953.209.

J.-F. Kerléo, « L’auto-saisine en droit public français », *RFDA* 2014.293.

J. Kluger, « L’élaboration d’une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1995.505.

J. Knetsch, « La désintégration du préjudice moral », *D.* 2015.443.

R. Koering-Joulin, J.-F. Seuvic, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998.106.

J. Kullmann, « Amendes pénales et amendes administratives infligées au dirigeant : pour une assurance raisonnée », *JCP E* 2009, 1226.

H. Labayle, F. Sudre, X. Dupré de Boulois, L. Milano, « Droit administratif et Convention européenne des droits de l’homme », *RFDA* 2014.538.

J. Lagoutte, « La faute dans l’avant-projet de réforme de la responsabilité civile », *RCA* 2017, étude 2.

Y.-M. Laithier, « Les règles relatives à l’inexécution des obligations contractuelles », *JCP G* 2015, supplément au n° 21, p. 47.

H. Lalou, « La gamme des fautes », *D.* 1940 chron. p. 17.

Y. Lambert-Faivre,

-« L'éthique de la responsabilité », *RTD civ.* 1998.1.

-« Les effets de la responsabilité (les articles 1367 à 1383 nouveaux du Code civil) », *RDC* 2007, p. 163.

B. de Lamy,

-« La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? », *RSC* 2009.166.

-« Les peines obligatoires et le principe de l'individualisation des peines », *RSC* 2011.182.

-« Mesures ayant le caractère d'une punition, mesure préventive et ... peine perdue », *RSC* 2013.433.

M.-L. Lanthiez, « Vers une dépénalisation du droit des sociétés », *Droit des sociétés*, 2008, étude 7.

B. Lasserre, « Le rôle de la sanction pécuniaire en droit de la concurrence », *RLC* 2010/24, p. 74.

J. Lasserre Capdeville, « Les pouvoirs d'enquête de l'AMF », *AJ pénal* 2015.67.

J. Lasserre Capdeville, C. Mascala, S. Neuville, « Propositions doctrinales pour lutter contre l'atteinte au principe *non bis in idem* en matière financière », *D.* 2012.693.

V. Lasserre-Kiesov, « La promotion des sanctions en droit des pratiques anticoncurrentielles », *D.* 2007.2116.

M. Laugier, « L'introuvable responsabilité du dirigeant social envers les tiers pour fautes de gestion ? », *Bull. Joly soc.* 2003/12, p. 1231.

Ch. Lazerges, « La démolition méthodique de la justice des mineurs devant le Conseil constitutionnel », *RSC* 2011.728.

J. Le Bourg, Ch. Quézel-Ambrunaz, « Article 1221 : l'exécution forcée en nature des obligations », *RSC* 2015.782.

A.-V. Le Fur, « La rationalisation des sanctions, une exigence démocratique en faveur de leur efficacité », *D.* 2016.1091.

A.-V. Le Fur, D. Schmidt,

-« Pour un tribunal des marchés financiers », *BJB* 2015/1, p. 24.

-« Sanctions des abus de marché : "l'aiguillage" source de déraillements », *D.* 2015.1450.

-« Le traitement du cumul des sanctions administratives et pénales en droit interne : entre incohérences et insécurité juridique », *D.* 2016.2126.

S. Le Gac-Pech, « Sanctions et démesures », *JCP E* 2015, 1207.

P. Le More, « Chronique du droit de la concurrence et de la distribution », *Lexbase Hebdo édition affaire*, 2013/322.

Ph. Le Tourneau,

-« La verdeur de la faute dans la responsabilité civile », *RTD civ.* 1988.505.

-« Droit du marché et droit commun des obligations, De la spécificité du préjudice concurrentiel », *RTD com.* 1998.83.

-« Brefs propos critiques sur la "responsabilité contractuelle" dans l'avant-projet de réforme du droit de la responsabilité », *D.* 2007.2180.

Ph. Le Tourneau, A. Zabalza, « Le réveil des quasi-contrats (à propos des loteries publicitaires) », *CCC* 2002, chron. 22.

A. Leborgne,

-« Droit de l'exécution », *D.* 2010.1307.

-« Droit de l'exécution », *D.* 2011.1509.

-« Droit de l'exécution », *D.* 2012.1509.

-« Droit de l'exécution », *D.* 2019.1306.

M. Lecène-Marénaud, « Le rôle de la faute dans les quasi-contrats », *RTD civ.* 1994.515.

H. Lécuyer, « Les autorités administratives indépendantes et le dualisme juridictionnel », *RDA* 2019/18.

F. Leduc, « Causalité civile et imputation », *RLDC* 2007/40.

P. Lemay, « La clause pénale en nature », *RTD com.* 2017.801.

S. Lemoine, E. de Leiris, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2019.1792.

J.-F. Lepetit, « État, juge et régulateur », in *LPA* 2003/17, M.-A Frison-Roche et J. Marimbert (dir.), *Régulateurs et juges, forum de la régulation*.

M. Leroy, « Des amendes prévues par le Code civil pour sanctionner les infractions commises en matière d'état civil et de mariage », *JCP* 1950 I 886.

A.-M. Leroyer, « Comment caractériser le délit d'abandon de famille en cas de non-paiement d'une prestation compensatoire ? », *RTD civ.* 2019.561.

H. Leung, A. Diouf, « La négociation commerciale après la loi Macron : simple ajustement ou renforcement des contraintes ? », *RLC* 2016/46.

G. Levasseur, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.* 1959 chron. p. 121.

L. Lévy, « Le droit pénal des affaires : du droit complexe au droit immergé », *JCP G*, 1989, I 3369.

R. Libchaber, « Le point sur l'interversion des prescriptions en cas de condamnation en justice », *D.* 2006.254.

M. Lipskier, « Les entreprises peuvent-elles profiter de l'introduction des class actions en droit français ? », *JCP E* 2005, 675.

A. Lienhard, « Pas si facile de passer du pénal au civil », *AJ pénal*, 2008.66.

G. Liet-Veaux, « Réflexions nouvelles sur les changements de destination ou d'affectation de locaux », *JCP N* 1990, 100926.

P. de Loynes, « Sur l'article 50 du Code civil », *D.* 1893.1.305.

F. Macorig-Venier, « Entreprise en difficulté : situation des créanciers », *Répertoire de droit commercial*, Dalloz, 2013 (actualisation janv. 2020).

D. Mainguy,
 -« L'esprit et la lettre du nouvel article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2002, n° 48, p. 1729.
 -« A propos des propositions du "rapport Attali" et des projets de réforme du droit de la concurrence », *D.* 2007.3019
 -« La nature de la responsabilité du fait de la rupture brutale des relations commerciales établies : une controverse jurisprudentielle à résoudre », *D.* 2011.1495.

G. Maitre, « Doit-on en finir avec le Bonus-Malus ? », *RGDA*, 2006 p. 35.

Ph. Malaurie, « Les sanctions en droit privé », *Deffrénois* 2006/4.

M. Malaurie-Vignal,
 -« L'article L. 442-6 du Code de commerce, une disposition restée lettre morte », *CCC* 2006, étude 10.
 -« Le nouvel article L. 442-6 du Code de commerce apporte-t-il de nouvelles limites à la négociation contractuelle », *CCC* 2008, étude 5.
 -« Faut-il avoir peur du déséquilibre significatif », *CCC* 2015, étude 9.
 -« Entre répression et réparation, que faut-il choisir ? Réflexion sur les amendes civile et administrative », *CCC 2017*, repère 10.

C. Malverti, C. Beauvils, « Sous des étoiles contraires : le juge administratif face au *ne bis in idem* », *AJDA* 2019.1150.

C. Maréchal, « L'évaluation des dommages-intérêts en matière de contrefaçon », *RTD com.* 2012.245.

A. Maron, J.-H. Robert, M. Véron, « Droit pénal et procédure pénale », *JCP G* 2015, doctr. 1149.

G. Marraud des Grottes, « Levée de rideau sur le projet de réforme de la responsabilité civile », *RLDC*, 2017/147.

C. Marsat, « Nature de l'action fondée sur l'article 91 du Code de procédure pénale », *Droit pénal* 2000/1, chron. 2.

R. Martin,
 -« La saisine d'office du juge (Essai sur sa signification) », *JCP* 1973, IV 6316. (Essai sur sa signification)
 -« La fonction juridictionnelle du Conseil de la concurrence », *JCP G* 1990, I 3469.

D. R. Martin, H. Synvet, « Droit bancaire », *D.* 2017.2176.

C. Mascala,
 -« Le dérapage de l'interprétation jurisprudentielle en droit pénal des affaires », *D.* 2004.3050.
 -« Droit pénal des affaires », *D.* 2015.1506.

E. Massat, « Des rapports du droit disciplinaire et du droit pénal dans l'administration », *RSC* 2003.743.

J. Massot, « La répartition du contentieux entre les deux ordres », *RFDA* 2010.907.

G. Mathieu, « L'application de la loi pénale dans le temps », *RSC* 1995.257.

H. Matsopoulou, « La présomption d'imputation d'une infraction commise au sein de l'entreprise à la personne morale », *Rev. soc.* 2008.873.

J.-F. Mauro, « L'inflation législative inutile », *GP* 2001/186, p. 19.

D. Mayer, « Vers un contrôle du législateur par le juge pénal ? », *D.* 2001.1643.

D. Mazeaud, « Qualification de clause pénale : encore et toujours ... », *D.* 2016.1628.

H. et L. Mazeaud, « Jurisprudence française en matière de droit civil, obligations et contrats spéciaux », *RTD civ.* 1960.86.

J.-M. Meffre, N. Kouchnir-Cargill, « Rupture brutale des relations établies : mode d'emploi ; deuxième partie : conseils à la victime de la rupture », *Dr. et pat.* 2004.34.

M. Mekki,
 -« Les fonctions de la responsabilité civile à l'épreuve des fonds d'indemnisation des dommages corporels », *LPA* 2005/8, p. 3.
 -« Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile : maintenir, renforcer et enrichir les fonctions de la responsabilité civile », *GP* 2016/22, p. 17.
 -« Le juge et les remèdes à l'exécution du contrat », *RDC* 2016, p. 400.

-« Droit des contrats », *D.* 2016.566.

R.-M. Mélik Parsadaniantz, J. Chuilon-Croll, « Réputation et compliance, quels enjeux ? », *Revue des juristes de sciences Po*, n° 16, 2019, 7.

B. Ménard, « Le dommage déduit de l'acte de concurrence déloyale. Quelle explication ? Quelle application ? », *D.* 2019.1549.

R. Mesa,

-« La faute lucrative dans le dernier projet de réforme du droit de la responsabilité civile », *LPA* 2012/41, p. 5.

-« L'opportune consécration d'un principe de restitution intégrale des profits illicites comme sanction des fautes lucratives », *D.* 2012.2754.

-« Précisions sur la notion de faute lucrative et son régime », *JCP G* 2012, I 625.

J. Mestre,

-« Les conditions de la révision judiciaire, dans le cadre de l'article 1152 du code civil, de la peine convenue entre les parties », *RTD. civ.* 1985.103.

-« De la notion de clause pénale », *RTD civ.* 1985.372.

E. Micou, « La répression des délits d'audience au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme après la loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 portant réforme de la procédure pénale », *D.* 1994.85.

E. Mignon, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *AJDA* 2001.99.

M. Mignot, « Une hybridation contestable : le point de départ de la forclusion greffé sur la prescription », *GP* 2014/254, p. 15.

L. Milano, « Qu'est-ce qu'une juridiction ? La question a-t-elle encore une utilité ? », *RFDA* 2014.1119.

M.-C. Mitchell, T. Delannoy, « Abus de puissance contractuelle et pratiques commerciales restrictives », *AJCA* 2015.504.

F. Moderne,

-« Le pouvoir de sanction administrative au confluent du droit interne et des droits européens », *RFDA* 1997.1.

-« La sanction administrative », *RFDA* 2002.483.

N. Molfessis, « L'exorbitance de l'action de groupe à la française », *D.* 2014.947.

A. Moreau, M. Brotons, « Les principales modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile », *LPA* 2008/153, p. 17.

A. Morin, « L'action d'intérêt collectif exercée par les organisations de consommateurs avant et après la loi du 5 janvier 1988 », *REDC* 1991.3.

J. Mouly, « Des sanctions disciplinaires pécuniaires pour des sportifs salariés ? », *Dr. soc.* 2012.940.

Y. Muller, « La dépenalisation de la vie des affaires ou ... de la métamorphose du droit pénal », *AJ pénal* 2008.63.

L. Neyret, « La réparation des atteintes à l'environnement par le juge judiciaire », *D.* 2008.170.

M. Ouaniche, « Renforcement du dispositif législatif dans l'évaluation du préjudice en cas de contrefaçon », *JCP E* 2014 1194.

M. Ouaniche, A. Cluzel, « Spécificités du préjudice de contrefaçon », *JCP E* 2019, 1006.

T. Oun-Tat, D. Hervey, « Enjeux actuels liés à l'application par l'AMF des principes de proportionnalité et de personnalité des peines », *BJB* 2016/7-8, p. 339.

F.-J. Pansier, C. Charbonneau, « La loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (3^e partie) », *LPA* 2001/102, p. 14.

R. Parizot, « Le principe *ne bis in idem* dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *AJ pénal* 2015.173.

A. Pedriau, « L'amende civile d'appel », *LPA* 1999/230, p. 4.

J. Péliissier, « Faits justificatifs et action civile », *D.* 1963.121.

V. Peltier, « Sens et efficacité des peines », *JCP G* 2018, 310.

J.-B. Perrier, « Le droit pénal préventif et l'anticipation de la répression », *RDA* n° 13 et 14, p. 173.

J.-B. Perrier, G. François, A. Fiorentino, S. Tisseyre, J.-F. Riffard, M. Morand, F. Buy, J. Theron, L. Neyre, « Chronique éthique de l'entreprise (novembre 2012 – mars 2014) (suite et fin) », *LPA* 2014/166, p. 6.

P.-G. Perot, « La nouvelle réglementation des télécommunications », *LPA* 1996/132, p. 15.

R. Perrot, « Astreinte. Distinction avec les dommages-intérêts : est-il normal que l'astreinte soit une peine exclusivement privée ? », *RTD civ.* 2000.162.

Ph. Pétel, « Le nouveau droit des entreprises en difficulté : acte II. Commentaire de l'ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 », *JCP E* 2009, 1409.

S. Picasso, « L'introduction de dommages-intérêts punitifs en droit des contrats », *RDC* 2010, p. 1107.

Y. Picod,

-« Concurrence interdite – Concurrence déloyale et parasitisme – Centre de droit de la concurrence Yves Serra », *D.* 2009.1441.

-« Concurrence interdite - Concurrence déloyale et parasitisme », *D.* 2011.2961.

Ph. Pierre, « L'introduction des dommages-intérêts punitifs en droit des contrats, rapport français », *RDC* 2010, p. 1117.

S. Pietrini,

-« L'introduction de l'action de groupe en droit de la concurrence », *GP* 2013/246.

-« La directive 2014/104/UE relative aux actions en réparation pour pratiques anticoncurrentielles : un pas supplémentaire dans le développement du Private Enforcement en droit de la concurrence », *CCC* 2015, étude 12.

X. Pin,

-« Le consentement a lésion de soi-même en droit pénal. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009/1 (n° 49), p. 83.

-« Politique criminelle et frontières du droit pénal : enjeux et perspectives », *RPDP* 2011/1, p. 83

-« Quelles perspectives pour le droit pénal ? », *RDA* n° 13 et 14, p. 155.

V. Pironon, « Actualités de droit de la concurrence et des pratiques anticoncurrentielles : les groupes de sociétés en droit des pratiques anticoncurrentielles », *LPA* 2011/199, p. 3.

A. Pirovano, « La concurrence déloyale en droit français », *RID comp.* 1974.467.

M. Planiol, « Classification des sources des obligations », *Rev. crit.* 1904, p. 224.

J.-C. Planque, « Réflexions en matière de responsabilité pénale des personnes morales (à partir des propositions du rapport Coulon), *GP* 2009/6, p. 11.

M. Pochard, « Autorités administratives indépendantes et pouvoir de sanction », *AJDA* 2001.106.

F. Pollaud-Dulian, « Sanctions civiles. Calcul du forfait », *RTD com.* 2016.121.

A. Prothais,

-« Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *JCP G* 1999, I 129.

-« Un droit pénal pour les besoins de la bioéthique », *RSC* 2000.39.

J. Pradel,

-« La notion européenne de tribunal impartial et indépendant selon le droit français », *RSC* 1990.692.

-« Procédure pénale », *D.* 2015.1738.

-« Procédure pénale », *D.* 2016.1727.

-« Du principe de proportionnalité en droit pénal », *D.* 2019.490.

-« Des dispositions de la loi du 23 mars 2019 sur le renforcement de l'efficacité et du sens de la peine : texte fondateur ou texte d'ajustement ? », *D.* 2019.1002.

P. Pratte, « Les dommages punitifs : institution autonome et distincte de la responsabilité civile », (1998) 58 *R du B.* 287.

J. Prorok,

- « L'amende civile dans la réforme de la responsabilité civile », *RTD civ.* 2018.327

-« La répression civile », *RSC* 2019.313.

C. Radé,

-« Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile », *D.* 1999.313.

-« Sondes cardiaques défectueuses », *RCA* 2007/2, comm. 64.

V. Rebeyrol, « La nouvelle action de groupe », *D.* 2014.940.

D. Rebut,

-« Le juge pénal face aux exigences constitutionnelles », *Cahiers du droit constitutionnel*, 2004/16.

-« Justice pénale et justice civile, évolution, instrumentalisation et effets pervers ... », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 49.

Rédaction Lextenso, « Class action française : les avocats au bord du chemin », *GP* 2013/127.

Y. Reinhard, B. Petit, « La responsabilité civile des dirigeants », *RTD com.* 1992.282.

Ph. Rémy, « La "responsabilité contractuelle" : histoire d'un faux concept », *RTD civ.* 1997.323.

M.-R. Renard, « L'abus du droit d'agir en justice », *GP*, 2007/144.

N. Rias, « L'amende civile : une fausse bonne idée ? », *D.* 2016.2072.

F. Riem, « Le nouveau droit des pratiques restrictives : rupture ou continuité ? », *RLDC* 2009/21, p. 38.

G. Ripert, « Le prix de la douleur », *D.* 1948, Chron. 1.

D. Ritleng, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *RTD eur.* 2013.267.

J. Rivéro, « Apologie pour les "faiseurs de systèmes" », *D.* 1950, chron. p. 99.

C. Robaczewski, « Responsabilité civile du fait d'une dénonciation téméraire », *D.* 2006.2780.

M. Robert, « Le principe *non bis in idem* : vers un bouleversement du droit français de la sanction ? », *AJ pénal* 2016.475.

J. Rochfeld, « Nouvelles régulations économiques et droit commun des contrats », *RTD civ.* 2001.671.

D. Roets,
 -« La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'Homme », *D.* 2008.1840.
 -« La question du cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales : tango jurisprudentiel à Strasbourg », *RSC* 2017.134.

N. Rontchevsky, « Le contrôle du Conseil d'État sur les décisions de sanctions administratives ou disciplinaires en matière financière », *RTD. com.* 2005.384.

E. Rosenfeld, J. Veil, « Sanctions administratives, sanctions pénales », *Pouvoirs*, 2009, n° 128, p. 61.

H. Rouidi, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », *RSC* 2016.17.

C. Rougeau-Mauger, « Réflexion sur la nature juridique de l'action en justice du ministre de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *RTD com.* 2010.653.

G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, L. Miniato, « Droit pénal », *D.* 2016.2424.

G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail, « Droit pénal », *D.* 2015.2465.

G. Roujou de Boubée, T. Garé, C. Ginestet, M.-H. Gozzi, S. Mirabail, E. Tricoire, « Droit pénal », *D.* 2017.2501

G. Roujou de Boubée, Th. Garé, C. Ginestet, S. Mirabail, E. Tricoire, « Droit pénal », *D.* 2018.2259.

G. Roujou de Boubée, Th. Garé, M.-H. Gozzi, S. Mirabail, C. Ginestet, « Droit pénal », *D.* 2014.2423.

G. Roujou de Boubée, Th. Garé, S. Mirabail, T. Potaszkin, « Droit pénal », *D.* 2011.2823.

F. Rousseau,
 -« Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015.257.
 -« Projet de réforme de la responsabilité civile, l'amende civile face aux principes directeurs du droit pénal », *JCP G*, 2018, doct. 686.

F. Rouvière, « Le pouvoir répressif du juge civil », *RTD civ.* 2019.987.

J.-M. Roux, « Le copropriétaire procédurier ou l'abus du droit d'agir en justice en copropriété », *Loyers et copropriété*, 2008/2.

E. du Rusquec, « La nature juridique de l'astreinte en matière civile », *JCP* 1993 I 3699.

C. Saint-Alary-Houin, « La date de naissance des créances en droit des procédures collectives », *LPA* 2004/224, p. 11.

R. Saint-Esteben, « Pour ou contre les Dommages et intérêts punitifs », *LPA* 2005/14, p. 53.

J.-C. Saint-Pau, « La responsabilité pénale réparatrice et la responsabilité civile punitive ? », *RCA* 2013/5, dossier 23.

R. Salomon, « Faute détachable du dirigeant social : maintien de la jurisprudence de la chambre criminelle », *D.* 2018.1128.

Ph. Salvage, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991.699.

S. Schiller, « Les perspectives d'application aux sanctions civiles », *JCP E* 2015 1399.

J. Schmeidler, « La responsabilité de la société mère pour les actes de sa filiale », *D.* 2013.584.

M. Séjean, « La restitution du profit illicite », *RIDC*, 2014/2, p. 345.

J.-M. Sommer, C. Nicoletis, « Chronique de la jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2008.648.

M.-C. Sordino, « Flux et reflux du droit pénal au sein du droit des affaires », *GP* 2008/145, p. 2.

C. Souweine, « Procédures collectives : le régime des condamnations pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence », *D.* 1998.264.

B. Starck, « Domaine et fondement de la responsabilité sans faute », *RTD civ.* 1958.475.

F. Stasiak,
 -« Les sanctions de la contrefaçon », *Comm. Com. El.*, 2009, étude 1.
 - F. Stasiak, « Principes de non-cumul des peines et de non-cumul des poursuites *ne bis in idem* », *RSC* 2011.118.

Ph. Stoffel-Munck,
 -« Responsabilité civile », *JCP G*, 2008, I 125.
 -« Responsabilité civile », *JCP G* 2009, I 123.

H. Synvet, « Le nouveau droit boursier après la loi Sécurité et transparence du marché financier », *Cah. dr. fin.* 1990/17, p. 3.

D. Tallon, « L'inexécution du contrat : pour une autre présentation », *RTD civ.* 1994.223.

F. Teitgen et B. Thouzellier (Entretien avec), « Non pas dépenaliser, mais mieux pénaliser », *Cahiers de droit de l'entreprise*, 2008/1, entretien 1.

M. Teller, « Faut-il créer des dommages et intérêts punitifs ? », *Environnement*, 2012/7, dossier n° 10.

C. Thibierge,

-« Libres propos sur l'évolution de la responsabilité », *RTD civ.* 1999.561.

-« Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *D.* 2004.577.

R. Thielé, « Caractère excessif ou dérisoire des pénalités contractuelles », *AJDA* 2016.318.

R. Tinière, « La notion de "pleine juridiction" au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'office du juge administratif », *RFDA* 2009.729.

S. Tréard, « Chronique de jurisprudence de la Cour de cassation », *D.* 2017.1075.

L. Usunier, « L'autonomie de l'interprétation de la Charte européenne des droits fondamentaux par rapport à la Convention européenne des droits de l'Homme », *RTD civ.* 2014.312.

M. Van de Kerchove,

- « Éclatement et recomposition du droit pénal », *RSC* 2000.5.

-« Les fonctions de la sanction pénale, entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7, n° 127, p. 22.

-« Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel français », *RSC* 2008.805.

M. Vasseur, « Le chèque sans provision en France, 1865-1992 », *JCP G* 1992, I 3562.

A. Viandier, « Les modes d'interversion des prescriptions libératoires », *JCP G* 1978, I 2885.

A. Viandier, J.-J. Caussain, « Droit des sociétés », *JCP E* 1990, 15677.

J. Viatte, « L'amende civile pour l'abus de faculté d'agir en justice », *GP* 1978 Doctr. p. 305.

P.-D. Vignolle, « La consécration des fautes lucratives : une solution au problème d'une responsabilité civile punitive ? (acte II) », *GP* 2010/14, p. 7.

J. Villacèque, « A propos du décret n° 2005-1678 du 28 décembre 2005 réformant la procédure civile », *D.* 2006.539.

G. Viney,

-« Responsabilité civile – Centre de droit des obligations de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne », *JCP G* 1993, I, 3727.

-« Responsabilité civile », *JCP G*, 2000, I 241

-« Rapport de synthèse », in *Faut-il moraliser le droit français de la réparation du dommage*, *LPA*, 2002/232, p. 66.

-« Responsabilité civile », *JCP G* 2004, I 101.

-« La doctrine de la faute dans l'œuvre de Henri, Léon et Jean Mazeaud », *LPA* 2006/174, p. 17.

-« Les modifications apportées par la loi du 17 juin 2008 à la prescription extinctive des actions en responsabilité civile », *RDC* 2009, p. 493

-« Quelques propositions de réforme du droit de la responsabilité civile », *D.* 2009.2944.

-« L'espoir d'une recodification du droit de la responsabilité civile », *D.* 2016.1378.

-« Après la réforme du contrat, la nécessaire réforme des textes du Code civil relatifs à la responsabilité », *JCP G* 2016/4, doct. 99

I. Vingiano-Viricel, « La faute lucrative : une notion en construction en droit français », *RTD com.* 2017.19.

G. Virassamy, « Le nouveau régime des pratiques restrictives de concurrence », *D.* 1988 Chron. 113.

F. Viterbo, « La faute de gestion », in « Réflexions croisées – La responsabilité des dirigeants – Questions d'actualité », *RLDA* 2006/10.

L. Vogel, J. Vogel, « Droit de la négociation commerciale : une réforme courageuse mais perfectible », *AJ contrat* 2019.208.

P. Wachsmann, « De la marginalisation du juge judiciaire en matière de libertés et des moyens d'y remédier », *D.* 2016.473.

J. Walther, « À justice équitable peine juste ?, vues croisées sur les fondements théoriques de la peine », *RSC* 2007.23.

C. R. Warkol, « Resolving the Paradox between Legal Theory and Legal fact : The Judicial Rejection of the Theory of Efficient Breach », *Cardozo Law Review* 1998, p. 321.

F. Zenati, S. Fournier, « Essai d'une théorie unitaire de la prescription », *RTD civ.* 1996.339.

C. Zolinsky, « Le droit de la consommation, témoin de la rencontre entre responsabilité pénale et responsabilité civile », *RCA* 2013/5, dossier 31.

JURISPRUDENCES, DÉCISIONS ET ARRÊTS

Jurisprudences supralégislatives

Conseil constitutionnel

- Décision n° 73-80 L, 28 nov. 1973.
- Décision n° 79-109 DC, 9 janv. 1980.
- Décision n° 80-127 DC, 20 janv. 1981.
- Décision n° 82-145 DC, 10 novembre 1982.
- Décision n° 82-155 DC, 30 déc. 1982.
- Décision n° 84-176 DC, 25 juill. 1984.
- Décision n° 86-213 DC, 3 sept. 1986.
- Décision n° 86-215 DC, 3 sept. 1986.
- Décision n° 86-224 DC, 23 janv. 1987.
- Décision n° 87-237 DC, 31 déc. 1987.
- Décision n° 88-248 DC, 17 janvier 1989.
- Décision n° 89-260 DC, 28 juill. 1989.
- Décision n° 89-268 DC, 29 déc. 1989.
- Décision n° 93-325 DC, 13 août 1993.
- Décision n° 95-360 DC, 2 févr. 1995.
- Décision n° 96-377 DC, 16 juill. 1996.
- Décision n° 96-378 DC, 23 juill. 1996.
- Décision n° 97-395 DC, 30 déc. 1997.
- Décision n° 2003-467 DC, 13 mars 2003.
- Décision n° 2004-492 DC, 2 mars 2004.
- Décision n° 2004-504 DC, 12 août 2004.
- Décision n° 2005-527 DC, 8 déc. 2005.
- Décision n° 2006-540 DC, 27 juillet 2006.
- Décision n° 2008-562 DC, 21 févr. 2008.
- Décision n° 2010-74 QPC, 3 déc. 2010.
- Décision n° 2010-85 QPC, 13 janv. 2011.
- Décision n° 2011-625 DC, 10 mars 2011.
- Décision n° 2010-103 QPC, 17 mars 2011.
- Décision n° 2011-114 QPC, 1^{er} avr. 2011.
- Décision n° 2011-126 QPC, 13 mai 2011.
- Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011.
- Décision n° 2011-200 QPC, 2 déc. 2011.
- Décision n° 2011-211 QPC, 27 janv. 2012.
- Décision n° 2012-240 QPC, 4 mai 2012.
- Décision n° 2012-273 QPC, 21 sept. 2012.
- Décision n° 2012-280 QPC, 12 oct. 2012.
- Décision n° 2012-286 QPC, 7 déc. 2012.
- Décision n° 2013-319 QPC, 7 juin 2013.
- Décision n° 2013-331 QPC, 5 juill. 2013.
- Décision n° 2013-352 QPC, 15 nov. 2013.
- Décision n° 2013-369 DC, 4 déc. 2013.
- Décision n° 2014-408 QPC, 11 juill. 2014.
- Décision n° 2014-690 DC, 13 mars 2014.
- Décision, n° 2014-692 QPC, 27 mars 2014.
- Décision n° 2014-399 QPC, 6 juin 2014.
- Décision n° 2014-416 QPC, 26 septembre 2014.
- Décision n° 2014-418 QPC, 8 oct. 2014.
- Décision n° 2014-438 QPC, 16 janv. 2015.

- Décision n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, 18 mars 2015.
- Décision n° 2015-476 QPC, 17 juillet 2015.
- Décision n° 2015-715 DC, 5 août 2015.
- Décision n° 2015-489 QPC, 14 oct. 2015.
- Décision n° 2015-513/514/526 QPC, 14 janv. 2016.
- Décision n° 2016-542 QPC, 18 mai 2016
- Décision n° 2016-545 QPC, 24 juin 2016.
- Décision n° 2016-548, 1^{er} juill. 2016.
- Décision n° 2016-554 QPC, 22 juill. 2016.
- Décision n° 2016-572 QPC, 30 sept. 2016.
- Décision n° 2016-741 DC, 8 décembre 2016.
- Décision n° 2017-750 DC, 23 mars 2017.
- Décision n° 2016-621 QPC, 30 mars 2017.
- Décision n° 2017-634 QPC, 2 juin 2017.
- Décision n° 2017-671 QPC, 10 nov. 2017.
- Décision n° 2017-675 QPC, 24 nov. 2017.
- Décision n° 2017-682 QPC, 15 déc. 2017.
- Décision n° 2017-688 QPC, 2 févr. 2018.
- Décision n° 2017-694 QPC, 2 mars 2018.
- Décision n° 2018-745 QPC, 23 nov. 2018.
- Décision n° 2018-749 QPC, 30 nov. 2018.
- Décision n° 2019-798 QPC, 26 juill. 2019.

Cour européenne des droits de l'homme

- *A. c. Croatie*, 14 oct. 2010, n° 55164/08.
- *A. et B. c. Norvège*, 15 nov. 2016, n° 24130/11 et 29758/11.
- *A. Menarini Diagnostics c. Italie*, 27 sept. 2011, n° 43509/08.
- *Achour c. France*, 29 mars 2006, n° 67335/01.
- *Aït-Mouhoub c. France*, 28 oct. 1998, n° 22924/93.
- *Albert et Le Compte c. Belgique*, 2 févr. 1983, n° 7299/75 ; 7496/76.
- *Brandstetter c. Autriche*, 28 août 1991, n° 11170/84, 12876/87 et 13468/87, § 66.
- *Borgers c. Belgique*, 30 oct. 1991, n° 12005/86.
- *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, 28 juin 1984, n° 7819/77.
- *Cantoni c. France*, 15 nov. 1996, n° 17862/91.
- *Carrefour France c. France*, 1^{er} oct. 2019, n° 37858/14.
- *Chauvy et autres c. France*, 29 juin 2004, n° 64915/01.
- *Cliniques des Acacias et autres c. France*, 13 oct. 2005, n° 65399/01, 65405/01, 65407/01 et 65407/01.
- *Colombani et al. c. France*, 25 juin, n° 51279/99.
- *Dalinenkov c. Russie*, 30 juill. 2009, n° 67336/01.
- *Delcourt c. Belgique*, 17 janv. 1970, n° 2689/65.
- *Deweert c/ Belgique*, 27 févr. 1980, n° 6903/75.
- *Didier c. France*, 27 août 2002, n° 58188/00.
- *Dubus S.A. c. France*, 11 juin 2009, n° 5242/04.
- *Dupuis et autres c. France*, 7 juin 2007, n° 1914/02.
- *Du Roy et Malaurie c. France*, 3 oct. 2000, n° 34000/96.
- *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, n° 5100/71.
- *Ezzoudhi c. France*, 13 févr. 2001, n° 47160/99.
- *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 févr. 1997, n° 22107/93.
- *Franz Fischer c. Autriche*, 29 mai 2001, n° 37950/97.
- *Galec c. France*, 17 janv. 2012, req. n° 51255/08.
- *Gloder c. Royaume-Uni*, 21 févr. 1975, n° 4451/70.
- *Gradel c. France*, 17 déc. 2009, n° 16428/05.
- *Gradinger c. Autriche*, 23 oct. 1995, n° 15963/90.
- *Grande Stevens et autres c. Italie*, 4 mars 2014, n° 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10.
- *Gough c. RU*, 28 oct. 2014, n° 49327/11.
- *Haser c. Suisse*, 27 av. 2000, n° 33050/96..
- *Huwig c. France*, 24 avr. 1990, n° 11105/84.

- Jamil c. France*, 8 juin. 1995, n° 15917/89.
- Jussila c. Finlande*, 23 nov. 2006, n° 73053/01.
- Kudeshkina c. Russie*, 26 févr. 2009, n° 29492/05.
- Le Compte, Van Leuven et de Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, n° 6878/75 ; 7238/75.
- Lucky Dev c. Finlande*, 27 janv. 2015, n° 7356/10.
- Lutz c. Allemagne*, 25 août 1987, n° 9912/82.
- M. c. Allemagne*, 17 déc. 2009, n° 19359/04.
- Malige c. France*, 23 sept. 1998, n° 27812/95.
- Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, n° 8691/79.
- McMichaël c. Royaume-Uni*, 24 févr. 1995, n° 16424/90.
- Nitschke c. Suède*, 27 sept. 2007, n° 6301/05.
- Nodet c. France*, 6 juin 2019, n° 47342/14.
- Nortier c. Pays-Bas*, n° 13924/88.
- Oliveira c. Suisse*, 30 juill. 1998, n° 25711/94.
- Öztürk c. Allemagne*, 21 févr. 1984, n° 8544/79.
- Pakdemirli c. Turquie*, 22 févr. 2005, n° 35839/97.
- Pham Hoang c. France*, 25 sept. 1992, n° 13191/87.
- Petropavlovskis c. Lettonie*, 13 janv. 2015, n° 44230/06.
- Poitrimol c. France*, 23 nov. 1991, n° 14032/88.
- Putz c. Autriche*, 22 févr. 1996, 18892/91.
- Ravnsborg c. Suède*, 23 mars 1994, n° 14220/88.
- Reinhardt et Sliman-Kaid c/ France*, 31 mars 1998, n° 23043/93 et 22921/93.
- Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993, n° 12952/87.
- Salabiaku c. France*, 7 oct. 1988, n° 10519/83.
- Schmautzer c. Autriche*, 23 oct. 1995, n° 15523/89.
- Scoppola c. Italie (n° 2)*, 17 sept. 2009, n° 10249/03.
- Segame SA c. France*, 7 juin 2012, n° 4837/06.
- Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 févr. 2009, n° 14939/03.
- Siliadin c. France*, 26 juill. 2005, n° 73316/01.
- Soros c. France*, 6 oct. 2011, n° 50425/06.
- Stanchev c. Bulgarie*, 1^{er} oct. 2009, n° 8682/02.
- Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne [GC]*, n° 34044/96, 35532/97 et 44801/98.
- Sud Fondi srl et a. c. Italie*, 20 janv. 2009, version retouchée le 20 avr. 2009, n° 75909/01.
- Sunday Times c. Royaume-Uni*, 26 avr. 1979, n° 6538/74.
- Sürek c. Turique (n° 1)*, 8 juill. 1999, n° 26682/85.
- Varvara c. Italie*, 29 oct. 2013, n° 17475/09.
- Welch c. Royaume-Uni*, 9 févr. 1995, n° 17440/90.
- Werner c. Autriche*, 24 nov. 1997, n° 21835/93.
- Willcox et Hurford c. RU*, 8 janv. 2013, n° 43759/10 et 43771/12.

Cour de justice de l'Union européenne ou des Communautés européennes

CJCE

- Advocaten voor de Wereld c. Leden van de Ministerraad*, 3 mai 2007, aff. C-303/05
- Commission c. Pologne*, 5 juin 2008, aff. C-170/07.
- Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, 16 déc. 1992, C-210/91.
- Courage Ltd c. Bernard Crehan*, 20 sept. 2001, C-453/99, n° 30.
- France aviation c. Commission*, 9 nov. 1995, T-246/94.
- Klaus Höfner et Fritz Elser c. Macrotron GmbH*, 23 avr. 1991, C-41/90.
- S. Berlusconi*, 3 mai 2005, aff. C-387/02.
- Skani et Chryssanthakopoulos*, 29 févr. 1996, C-193/94.
- Van Esbroek*, 9 mars 2006, C-436/04.

CJUE,

- Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson*, 26 févr. 2013, C-617/10.
- Apple sales international*, 24 oct. 2018, aff. C-595/17.
- Di Puma*, 20 mars 2018, C-596/16.
- Digital Right Ireland c. Minister for Communications*, 8 avr. 2014, C-203/15 et C-698/15.
- El Hassani*, 13 déc. 2017, aff. C-403/16.

- Garlsson Real Estate SA*, 20 mars 2018, C-537/16.
- Ida*, 8 nov. 2012, aff. C-40/11.
- Menci*, 20 mars 2018, C-524/15.
- Modelo Continente Hipermercados SA*, 5 mars 2015, aff. C-343/13.
- Toshiba Corporation et autres c. Úřad pro ochranu hospodářské soutěže*, 14 févr. 2012, C-17/10.
- Volker et Scheke*, 9 nov. 2010, aff. C-92/09 et C-93/09.

Jurisprudences judiciaires et administratives

Jurisprudences administratives

Conseil d'État

- 31 oct. 1980, n° 11629, 11692, 11733, 11739.
- Ass., 5 juill. 1985, req. n° 21893.
- Ass., 3 déc. 1999, n° 207434.
- 12 juin 2013, n° 349185 et 350064.
- 29 juill. 2002, n° 221302.
- 4 févr. 2005, req. n° 269001, *société GSD Gestion*.
- 6 janv. 2006, req. n° 279596, *Société Lebanese Communication Group*.
- 16 juill. 2010, n° 321056.
- 20 juin 2012, req. n° 342714.
- 15 mai 2013, n° 356054.
- 22 oct. 2014, n° 364384.
- 20 janv. 2016, n° 374950.
- 21 déc. 2018, n° 424520.
- 24 avr. 2019, n° 412271.

Cours administratives d'appel

Marseille, 9 nov. 2015, n° 14MA02747.

Jurisprudences judiciaires

Cour de cassation

Assemblée plénière

- Chambres réunies**, 13 févr. 1930, *DP* 1930.1.57, *S.* 1930. 1.121.
- 9 mai 1984, n° 80-93.031 (Lemaire).
- 9 mai 1984, n° 80-93.481 (Epoux Derguini).
- 5 févr. 1999, n° 97-16.441.
- 25 févr. 2000, n° 97-17.378 et 97-20.152.
- 8 juill. 2010, n° 09-71.252, 10-10.965.
- 7 janv. 2011, n° 09-14.316 et 09-14.667.
- 7 nov. 2014, n° 14-83.739

Chambres mixtes

-6 sept. 2002, n° 98-22.981.

Chambres civiles

Req., 15 juin 1892, *S.* 1893.1.281 ; *D.* 1892.1.596.
Civ., 26 avril 1863, *S.* 1865.1.276.

Civ., 28 déc. 1886, S. 87.1.112.
Civ., 20 mars 1889, D. 89.1.382.
Civ., 27 déc. 1892, S. 1893.1.393.
Civ., 18 juin 1896, note R. Sallieilles, D. 1897.1.433.
Civ., 18 déc. 1912, arrêt dit Brochet et Deschamps.
Civ., 2 mars 1915, D. 1920.1.120.
Civ., 23 juill. 1918, D. 1918.1.52 ; S. 1921.1.289.
Civ., 7 mai 1924, note J. Brethe de la Gressaye, S. 1925.I.217.
Civ., 4 mai 1931, concl. P. Matter, GP 1931.1.872.
Civ., 27 févr. 1953, S. 1953.I.196.
Civ. 1^{re}, 16 nov. 1955, JCP 1956, II 9087
Civ. 1^{re}, 20 oct. 1959, D. 1959.537.
Civ. 1^{re}, 20 juin 1966, bull. civ. I, n° 378.
Civ. 1^{re}, 26 avr. 1978, n° 76-14.421.
Civ. 1^{re}, 31 mai 1978, n° 76-13.667.
Civ. 1^{re}, 9 nov. 1983, n° 81-16.549.
Civ. 1^{re}, 16 janv. 1985, n° 83-11.029 et 83-16.928.
Civ. 1^{re}, 8 nov. 1989, n° 87-19.526.
Civ. 1^{re}, 2 déc. 1992, n° 90-20.712.
Civ. 1^{re}, 15 nov. 1994, n° 93-10.039.
Civ. 1^{re}, 10 oct. 1995, n° 93-16.869.
Civ. 1^{re}, 22 oct. 1996, n° 94-12.910.
Civ. 1^{re}, 5 nov. 1996, n° 94-14.798.
Civ. 1^{re}, 16 juill. 1997, n° 95-16.200.
Civ. 1^{re}, 10 mars 1998, n° 96-13.458.
Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 1998, n° 97-04.009.
Civ. 1^{re}, 2 mai 2001, n° 99-10.709.
Civ. 1^{re}, 4 févr. 2003, n° 99-17.010.
Civ. 1^{re}, 28 févr. 2006, n° 05-12.008.
Civ. 1^{re}, 21 nov. 2006, n° 04-18.392.
Civ. 1^{re}, 19 déc. 2006, n° 05-15.719.
Civ. 1^{re}, 15 mai 2007, n° 06-12.317.
Civ. 1^{re}, 31 mai 2007, n° 05-19.978.
Civ. 1^{re}, 12 juill. 2007, n° 06-12.624 et 06-13.790.
Civ. 1^{re}, 19 juin 2008, n° 07-14.556.
Civ. 1^{re}, 18 sept. 2008, n° 06-22.038.
Civ. 1^{re}, 22 janv. 2009, n° 05-20.176.
Civ. 1^{re}, 3 mars 2009, n° 07-19.577.
Civ. 1^{re}, 1^{er} déc. 2010, n° 09-13.303.
Civ. 1^{re}, 28 juin 2012, n° 11-18.211.
Civ. 1^{re}, 16 janv. 2013, n° 12-14.439.
Civ. 1^{re}, 4 déc. 2013, n° 12-26.066.
Civ. 1^{re}, 23 janv. 2014, n° 12-22.123.
Civ. 1^{re}, 13 mai 2015, n° 14-14.691.
Civ. 1^{re}, 21 oct. 2015, n° 14-13.670.
Civ. 1^{re}, 6 juill. 2016, n° 15-21.811.
Civ. 1^{re}, 8 déc. 2016, n° 15-27.201.
Civ. 1^{re}, 11 janv. 2017, n° 15-24.967.
Civ. 1^{re}, 18 janv. 2017, n° 15-26.105.
Civ. 1^{re}, 25 janv. 2017, n° 15-25.210.
Civ. 1^{re}, 13 juin 2019, n° 18-19.100.
Civ. 2^{ème}, 28 oct. 1954, JCP 1955, II 8765 ; RTD civ. 1955.324.
Civ. 2^{ème}, 8 mai 1964, GP 1962 II p. 233.
Civ. 2^{ème}, 10 juin 1970, n° 69-10.153.
Civ. 2^{ème}, 5 mai 1978, n° 76-14.728.
Civ. 2^{ème}, 3 mars 1988, n° 86-17.550.
Civ. 2^{ème}, 12 juin 1991, n° 89-17.764.
Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, n° 90-14.586.
Civ. 2^{ème}, 16 juin 1993, n° 91-20.203.
Civ. 2^{ème}, 28 juin 1995, n° 93-17.738.

Civ. 2^{ème}, 26 févr. 1997, n° 94-16.458.
Civ. 2^{ème}, 18 mai 2000, n° 98-12.802.
Civ. 2^{ème}, 28 sept. 2000, n° 98-16.175.
Civ. 2^{ème}, 14 juin 2001, n° 99-19.283.
Civ. 2^{ème}, 8 nov. 2001, n° 99-11.649.
Civ. 2^{ème}, 6 mars 2003, n° 01-00.507.
Civ. 2^{ème}, 2 déc. 2003, n° 03-12.506.
Civ. 2^{ème}, 27 mai 2004, n° 02-15.700.
Civ. 2^{ème}, 14 oct. 2004, n° 02-21.096.
Civ. 2^{ème}, 6 janv. 2005, n° 02-15.954.
Civ. 2^{ème}, 13 oct. 2005, n° 03-19.433, 03-19.434 et 03-19.435.
Civ. 2^{ème}, 20 oct. 2005, n° 04-13.158.
Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 2005, n° 04-13.159.
Civ. 2^{ème}, 11 mai 2006, n° 05-17.402.
Civ. 2^{ème}, 8 févr. 2007, n° 05-22.113.
Civ. 2^{ème}, 8 févr. 2007, n° 06-10.661.
Civ. 2^{ème}, 4 juill. 2007, n° 06-13.645.
Civ. 2^{ème}, 20 déc. 2007, n° 06-20.201.
Civ. 2^{ème}, 20 déc. 2007, n° 07-13.403.
Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2008, n° 07-18.022.
Civ. 2^{ème}, 15 janv. 2009, n° 07-19.239.
Civ. 2^{ème}, 9 juill. 2009, n° 08-18.212.
Civ. 2^{ème}, 19 nov. 2009, n° 08-18.397.
Civ. 2^{ème}, 25 févr. 2010, n° 09-13.810.
Civ. 2^{ème}, 10 juin 2010, n° 06-17.827.
Civ. 2^{ème}, 1^{er} juill. 2010, n° 09-15.594.
Civ. 2^{ème}, 7 oct. 2010, n° 09-69.756.
Civ. 2^{ème}, 10 févr. 2011, n° 10-14.424.
Civ. 2^{ème}, 4 janv. 2012, n° 11-40.081.
Civ. 2^{ème}, 14 juin 2012, n° 11-17.367.
Civ. 2^{ème}, 15 mai 2014, n° 13-18.026.
Civ. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-19.599.
Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-20.431.
Civ. 2^{ème}, 24 sept. 2014, n° 14-14.977 et 14-14.978.
Civ. 2^{ème}, 25 sept. 2014, n° 13-15.597.
Civ. 2^{ème}, 25 juin 2015, n° 14-16.877.
Civ. 2^{ème}, 3 sept. 2015, n° 14-11.676.
Civ. 2^{ème}, 13 nov. 2015, n° 14-24.280.
Civ. 2^{ème}, 7 janv. 2016, n° 14-28.299.
Civ. 2^{ème}, 28 janv. 2016, n° 14-20.726.
Civ. 2^{ème}, 24 nov. 2016, n° 15-23.438.
Civ. 2^{ème}, 1^{er} déc. 2016, n° 15-23.681.
Civ. 2^{ème}, 16 mars 2017, n° 16-14.123.
Civ. 2^{ème}, 20 avr. 2017, n° 16-15.936.
Civ. 2^{ème}, 1^{er} juin 2017, n° 16-19.189.
Civ. 2^{ème}, 11 janv. 2018, n° 16-26.168.
Civ., 2^{ème}, 7 juin 2018, n° 17-16.521.
Civ. 2^{ème}, 28 juin 2018, n° 17-15.045.
Civ. 2^{ème}, 27 sept. 2018, n° 17-22.344.
Civ. 2^{ème}, 21 févr. 2019, n° 18-10.030.
Civ. 2^{ème}, 21 mars 2019, n° 17-22.241.
Civ. 2^{ème}, 13 juin 2019, n° 17-26.171.
Civ. 2^{ème}, 27 juin 2019, n° 18-15.879.
Civ. 2^{ème}, 9 janv. 2020, n° 18-12.225.
Civ. 3^{ème}, 4 déc. 1969, bull. civ. III, n° 790.
Civ. 3^{ème}, 25 mars 1987, n° 85-16.907.
Civ. 3^{ème}, 12 janv. 1994, n° 91-19.540.
Civ. 3^{ème}, 22 nov. 1995, n° 94-11.971.
Civ. 3^{ème}, 17 mars 1999, n° 97-19.293.
Civ. 3^{ème}, 3 déc. 2003, n° 02-18.033.

Civ. 3^{ème}, 11 mai 2005, n° 03-21.126.
Civ. 3^{ème}, 4 juill. 2007, n° 06-13.738.
Civ. 3^{ème}, 20 déc. 2006, n° 05-20.065.
Civ. 3^{ème}, 26 sept. 2007, n° 04-20.636.
Civ. 3^{ème}, 21 mai 2008, n° 07-12.848.
Civ. 3^{ème}, 26 janv. 2011, n° 10-10.376.
Civ. 3^{ème}, 3 févr. 2009, n° 08-10.253.
Civ. 3^{ème}, 29 avr. 2009, n° 08-12.952.
Civ. 3^{ème}, 9 sept. 2009, n° 08-11.154.
Civ. 3^{ème}, 8 juin 2011, n° 10-15.500.
Civ. 3^{ème}, 12 déc. 2012, n° 11-10.180.
Civ. 3^{ème}, 19 mai 2015, n° 14-11.671.
Civ. 3^{ème}, 16 juin 2015, n° 14-14.612.
Civ. 3^{ème}, 23 mars 2017, n° 16.12-870.
Civ. 3^{ème}, 14 févr. 2019, n° 17-31.665.

Chambre commerciale

-28 nov. 1961, *JCP* 1962, II 12045.
-3 oct. 1978, n° 77-10.915.
-8 mars 1988, n° 85-18.177.
-10 janv. 1989, n° 87.11-498.
-27 mars 1990, n° 88-13.967.
-22 janv. 1991, n° 89-11.650.
-4 juin 1991, n° 89-16.847.
-16 juill. 1991, n° 89-19.080.
-25 févr. 1992, n° 90-14.329.
-9 févr. 1993, n° 91-12.258.
-29 juin 1993, n° 91-21.764.
-12 oct. 1993, n° 91-10.864.
-1^{er} févr. 1994, n° 92-11.171.
-15 nov. 1994, n° 93-12.153.
-11 févr. 1997, n° 95-10.851.
-4 mars 1997, n° 92-21.785.
-5 oct. 1999, n° 97-15.617.
-20 janv. 1998, n° 96-18.353.
-27 janv. 1998, n° 93-11.437.
-24 févr. 1998, n° 95-20.264.
-28 avr. 1998, n° 96-10.253.
-17 nov. 1998, n° 96-22.225.
-1^{er} déc. 1998, n° 96-20.189.
-22 févr. 2000, n° 97-18.728.
-28 mars 2000, n° 97-17.834.
-2 mai 2001, n° 98-14.146.
-9 oct. 2001, n° 99-16.512.
-22 janv. 2002, n° 99-15.926.
-28 janv. 2003, n° 00-11.109.
-28 janv. 2003, n° 01-00.528.
-20 mai 2003, n° 99-17.092.
-11 juin 2003, n° 00-21-775.
-14 janv. 2004, n° 01-10.107.
-31 mars 2004, n° 03-14.991.
-7 juill. 2004, n° 02-17.729.
-9 nov. 2004, n° 03-12.920.
-28 févr. 2006, n° 05-21.138.
-3 mai 2006, n° 04-15.262.
-23 janv. 2007, n° 04-16.779, n° 04-17.951.
-26 mars 2008, n° 07-11.619.
-8 juill. 2008, n° 07-13.350.
-8 juill. 2008, n° 07-16.761.
-2 déc. 2008, n° 07-12.607.

-27 janv. 2009, n° 07-15.571.
 -10 févr. 2009, n° 07-20.445.
 -16 juin 2009, n° 07-14.913.
 -30 juin 2009, n° 08-16.823.
 -3 nov. 2009, n° 07-14.283.
 -26 janv. 2010, n° 08-19.872.
 -11 mai 2010, n° 09-10.797.
 -15 oct. 2010, n° 10-40.039.
 -30 nov. 2010, n° 09-15.980.
 -15 mars 2011, n° 09-17.055.
 -18 oct. 2011, n° 10-28.005.
 -10 sept. 2013, n° 12-21.804.
 -26 mars 2013, n° 06-10.602.
 -21 janv. 2014, n° 12-29.166.
 -25 févr. 2014, n° 13-18.871.
 -3 mars 2015, n° 13-27.525 et n° 14-10.907.
 -8 avr. 2015, n° 13-26.734.
 -27 mai 2015, n° 12-21.361.
 -27 mai 2015, n° 14-11.387.
 -10 nov. 2015, n° 14-18.179.
 -5 juill. 2016, n° 14-27.030.
 -6 sept. 2016, n° 14-27.085 et 15-15.328.
 -6 sept. 2016, n° 15-16.108.
 -18 oct. 2016, n° 15-13.834.
 -25 janv. 2017, n° 15-23.547.
 -8 févr. 2017, n° 15-23.050.
 -1^{er} mars 2017, n° 15-22.675.
 -29 mars 2017, n° 15-17.659 et 15-24.241.
 -26 avr. 2017, n° 15-27.865.
 -17 mai 2017, n° 15-29.203.
 -21 juin 2017, n° 16-11.828.
 -18 oct. 2017, n° 15-29.094.
 -8 nov. 2017, n° 16-15.285.
 -6 déc. 2017, n° 16-19.615.
 -14 févr. 2018, n° 17-11.924.
 -21 mars 2018, n° 16-17.146.
 -21 mars 2018, n° 16-28.412.
 -12 juill. 2018, n° 17-20.654.
 -26 sept. 2018, n° 16-25.403.
 -26 sept. 2018, n° 17-10.173.
 -27 sept. 2018, n° 18-40.028.
 -27 mars 2019, n° 17-18.676.
 -15 janv. 2020, n° 18-10.512.

Chambre criminelle

-6 juin 1811, Bull. crim n° 83.
 -30 juin 1814, *Journal du palais*, 1814, t. 40, p. 335.
 -5 juin 1880, *D.* 1881.I.494.
 -23 nov. 1949, *D.* 1950.2.41.
 -23 nov. 1950, *D.* 1951, jurispr. 24.
 -3 mars 1960, Bull. crim. 1960, n° 138.
 -31 janv. 1973, n° 72-92.804.
 -6. nov. 1973, Bull. crim. n° 401.
 -28 nov. 1973, *D.* 1974.171.
 -8 févr. 1977, n° 76-91.772.
 -24 août 1981, n° 80-92-380.
 -3 janv. 1985, n° 83-94.530.
 -16 janv. 1995, n° 93-85.863.
 -4 mars 1997, n° 96-84.773.
 -28 avr. 1997, n° 96-82.709.

-5 févr. 1998, n° 96-85.596.
 -16 nov. 1999, n° 98-87.635.
 -18 janv. 2000, n° 99-80.318.
 -20 févr. 2002, n° 01-85.042.
 -27 févr. 2002, n° 01-85.573.
 -27 nov. 2002, n° 01-88.706.
 -9 nov. 2004, n° 04-81.068.
 -7 juill. 2005, n° 05-81.119.
 -9 janv. 2007, n° 06-84.064.
 -6 févr. 2007, n° 06-82.601.
 -17 déc. 2008, n° 08-82.319.
 -13 janv. 2009, n° 08-84.459.
 -28 janv. 2009, n° 07-81.674.
 -19 mai 2009, n° 08-82.666.
 -1^{er} mars 2011, n° 10-84.979.
 -27 mars 2013, n° 12-85.115.
 -11 juin 2013, n° 12-80.551.
 -24 juill. 2013, n° 13-90.013.
 -22 janv. 2014, n° 12-83.579.
 -18 févr. 2014, n° 12-85.807.
 -25 mars 2014, n° 13-80.376.
 -19 déc. 2014, n° 13-87.375.
 -3 mars 2015, n° 13-27.525.
 -22 sept. 2015, n° 14-84.029.
 -20 mai 2015, n° 14-81.147.
 -8 déc. 2015, n° 14.85.548.
 -10 févr. 2016, n° 15-82.324.
 -25 oct. 2016, n° 16-80.366.
 -26 oct. 2016, n° 15-84.552.
 -1^{er} févr. 2017, n° 15-83.984.
 -13 sept. 2017, n° 15-84.823.
 -31 oct. 2017, n° 16-83.683.
 -6 déc. 2017, n° 16-87.007.
 -9 janv. 2018, n° 16-86.735.
 -24 janv. 2018, n° 16-83.045.
 -28 mars 2018, n° 17-81.114.
 -5 avr. 2018, n° 16-83.984, n° 16-83.961 et 16-87.669.
 -2 mai 2018, n° 17-82.449.
 -30 mai 2018, n° 16-85.777.
 -20 juin 2018, n° 17-82.237.
 -27 juin 2018, n° 16-87.009.
 -5 sept. 2018, n° 17-84.980.
 -16 avr. 2019, n° 18-84.073.
 -26 mars 2019, n° 18-81.770.
 -15 mai 2019, n° 18-84.494.
 -14 nov. 2019, n° 18-83.122.

Chambre sociale

-16 janv. 1960, Bull. cass. IV n° 643 p. 500.
 -7 juin 1961 : Bull. civ. 1961, IV, n° 607.
 -11 juin 1965 : Bull. civ. 1965, IV, n° 452.
 -9 juill. 1979, n° 79-60.017 et 79-60.018.
 -14 mai 1987, n° 85-41.349.
 -3 mai 1995, n° 93-43.325.
 -5 mars 1996, n° 93-42.397 et 93-42.398.
 -26 mars 1996, n° 93-40.640.
 -12 janv. 2000, n° 98-41.734.
 -12 juin 2001, n° 99-41.571.
 -4 mars 2008, n° 06-45.221.
 -8 mai 2008, n° 06-10.839.

-28 mai 2008, n° 07-41.079.
-29 oct. 2008, n° 06-42.170.
-Soc., 16 sept. 2009, n° 08-40.939.
-29 sept. 2009, n° 08-43.997.
-27 oct. 2009, n° 08-40.875.
-5 janv. 2012, n° 11-40.081.
-9 janv. 2013, n° 11-26.418.
-30 janv. 2013, n° 11-23.891.
-12 déc. 2013, n° 12-20.575.
-22 oct. 2014, n° 12-19.587.
-10 mars 2016, n° 15-18.268.
-13 avr. 2016, n° 14-28.293.
-6 juill. 2016, n° 15-18.428.
-7 juill. 2016, n° 15-10.574.
-5 oct. 2016, n° 15-22.730.
-13 sept. 2017, n° 16-13.578.
-12 sept. 2018, n° 17-82.122.
-30 janv. 2019, n° 17-27.240 et 17-27.250.
-20 mars 2019, n° 17-26.999.
-10 juill. 2019, n° 18-12.433.
-29 janv. 2020, n° 18-21.862.

Cours d'appel

Amiens, 5 sept. 2019, n° 18/00548.
Bastia, 2 déc. 2015, n° 14/01004.
Caen, 29 oct. 2009, n° 08/01874.
Chambéry, 11 janv. 2011, n° 10/01690.
Douai, 13 oct. 2005, n° 04/01971.
Limoges, 6 mai 2014, n° 13/00760.
Lyon, 10 mai 2011, n° 09/07861.
Montpellier, 22 nov. 1949, *JCP* 1950, II 5615.
Nancy,
-30 août 1844.
-9 déc. 1876
Nîmes, 25 février 2010, *Ministère de l'économie c. SAS Carrefour France*, n° 07/00606.
Orléans, 17 oct. 2016, n° 16/01469.
Paris,
-4^e ch. A, 24 mai 1995
-14 mai 1998, *RTD civ.* 2000.899.
-26 janv. 2007, n° 06/3945.
-29 juin 2007, n° 07/01660.
-11 sept. 2013, n° 11/17941.
-1^{er} oct. 2014, n° 13/16336.
-29 oct. 2014, n° 13/11059.
-21 juin 2017, n° 15/18784.
Pau,
-23 juin 2008, n° 06/03270.
-10 sept. 2009, n° 08/00559.
Reims, 25 juin 1981, *D.* 1982, jur. p. 153.
Toulouse, 1^{er} févr. 1898, *D.* 1900.2.29.
Versailles,
-20 mars 1998, n° 1995-10104.
-22 déc. 2000, n° 1999-2141.
-29 juin 2001, n° 2001-909.
-3 juin 2003, n° 2002-3302.
- ch.12, sect. 2, 3 mai 2007, *SA Coopérative groupement d'achats des centres Leclerc (Galec) c/ Min. Économie et Fin.* : *Juris-Data* n° 2007-333342.

Juridictions de première instance

TC Lille, 6 janv. 2010, n° 2009-05184.

TC Paris, 2 sept. 2019, n° 2017050625.

TI Bar-sur-Seine, 22 août 1980, D. 1982, 2, 205.

Principales jurisprudences étrangères

Canada

Béliveau St-Jacques c. Fédération des employées et employés de services publics Inc., (1996) 2 RCS 345.

De Montigny c. Brossard (succession de), 2010 CSC 51, EYB 2010-181731, [2010] 3 R.C.S 64.

Papadatos c. Sutherland, (1987) R.J.Q. 1020.

États-Unis

Anglo-American General Agents v. Jackson Nat'l Life Ins. Co., 83 F.R.D. 41, N.D.Cal. (1979).

Aubert v. Aubert, 129 N.H. 422.

Aubertin v. Board of City Comm'rs, 588 F.2d 781, 10th Cir. (1978).

BMW of North America, Inc. v. Gore, 517 U.S. 559, 116 S.Ct. 1589 (1996).

Brewer v. Second Baptist Church, 32 Cal.2d 791, 197 P.2d 713 (1948).

Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. et al. v. Kelco Disposal, Inc. et al., 492 U.S. 257, 109 S.Ct. 2909 (1989).

Chiles v. Drake, 2 Met. 146 (1859).

Chuy v. Philadelphia Eagles Football Club, 595 F.2d 1265, 3rd Cir. (1979).

Cooper Industries, Inc. v. Leatherman Tool Group, Inc., 121 S.Ct. 1678 (2001).

Crawford v. Taylor, 58 N.M. 340, 270 P.2d 978 [1954].

Crystal Dome Oil & Gas Co. v. Savic, 51 Idaho 409 (1931).

Detroit Daily Post Co v. McArthur, 16 Mich 447 (1868).

Fort Worth Elevators Co. v. Russell, 123 Tex. 128, 70 S.W.2d 397 [1934].

Green oil Co. v. Hornsby, 539 So.2d 218 (1989).

Hutchison v. Pyburn, 567 S.W.2d 762, Tenn.App. (1978).

Johnson v. Husky Industries, 536 F.2d 645, 6th Cir. (1976).

Kelite Products, Inc. v. Binzel, 224 F.2d 131 5th Cir. (1955).

Knipper v. Ford Motor Co., 546 F.2d 993, D.C.Cir. (1976).

Lynd v. Pickett, 7 Minn. 184 (1862).

Mississippi Power Co. v. Jones, 369 So.2d 1381 (1979), n° 1386.

Muller v. Reagh, 150 Cal.App.2d 99, 309 P.2d 826 (1957).

Northern v. McGraw-Edison Co., 542 F.2d 1336, 8th Cir. (1976).

Pacific Mutual life insurance Company v. Haslip, 499 U.S. 1, 111 S.Ct. 1032 (1990).

Philip Morris U.S.A v. Williams, 127 S. Ct. 1057 (2007).

Pringle Tax Service, Inc. v. Knoblauch, 282 N.W.2d 151 (1979).

Reeder v. Guaranteed Foods, Inc., 194 Kan. 386, 399 P.2d 822 (1965).

Stacy v. Portland Pub. Co., 68 Me. 279 (1878).

State ex rel. St. Joseph Belt Ry. Co. v. Shain et al., 341 Mo. 733 [1937].

State Farm Mutual Automobile Insurance Co v. Campbell, 538 U.S. 408, 123 S.Ct. 1513 (2003).

Sterling Drug, Inc. v. Benatar, 85 Cal.App.3d 981 (1950).

Stoner v. Houston, 265 Ark. 928, 582 S.W.2d 28 (1979), n° 933.

Sturm, Ruger & Co. v. Day, 594 P.2d 38, Alaska (1979).

Syester v. Banta, 257 Iowa 613, 133 N.W.2d 666 (1965).

Turner v. North Beach and Mission R.R Co., 34 Cal. 594 (1868).

TXO Production Corp. v. Alliance Resources Corps et al., 509 U.S. 443, 113 S.Ct. 2711 (1993).

Vratsenes v. N.H. Auto, Inc., 112 N.H. 71, 73, 289 A.2d 66, 68 (1972).

Wardrobe v. California Stage Co, 7 Cal. 118 (1857).

Wilson v. Vaughn, 23 F. 229 10th Cir. (1885).

Royaume-Uni

- AB v South West Water Services Ltd* (1993), QB 507.
Broome v. Cassell & Co Ltd (1972), UKHL 3, AC 1027.
Huckle v Money (1763), 2 Wils, K.B. 205 ; *Wilkes v Wood* [1763], Lofft 1.
John v. MGN Ltd (1997), QB 586.
Riches v News Group Newspapers Ltd (1986), QB 256.
Rookes v. Barnard (1964), UKHL 1, AC 1129.
Thompson v. MPC (1997), 3 WLR 403.

NOTE DE JURISPRUDENCE, OBSERVATIONS, CONCLUSIONS

Notes non signées,

- « Présence des rapporteurs au délibéré du Conseil de la Concurrence et absence de publicité des débats », *D.* 1999.44.
 - « Le rapporteur de la COB, chargé de l'instruction, ne peut participer au délibéré », *D.* 1999.249.
 - « Le rapport du conseiller rapporteur à la Cour de cassation et les conclusions de l'avocat général près cette cour doivent être communiqués au requérant », *D.* 1999.281.
 - « Le fait de provoquer la chute d'un autre grimpeur constitue une faute », *D.* 2000.166.
 - « Réparations locatives : pas d'indemnisation sans préjudice », *D.* 2004.395.
 - *Cah. Cons. const.* 2006 (21), 13.
 - « Le montant de l'astreinte liquidé ne peut être supérieur à celui de l'astreinte ordonnée », *D.* 2006.1702.
 - « Harcèlement moral, entrave à l'exercice du droit syndical et non-renouvellement du CE », *D.* 2007.870.
 - « Décision n° 2010-85 QPC – 13 janvier 2011. Établissement DARTY et Fils », *Les Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel*, Cahier n° 32, p. 6.
 - « “Pratiques restrictives” : action du Ministre validée par le Conseil constitutionnel », *CCC* 2011, alerte 52
-D. 2011.441.
 - « La créance d'astreinte naît de l'obligation de faire mise à la charge du débiteur », *Lettre d'actualité des Procédures collectives civiles et commerciales*, 2013, alerte 102.
 - « Dessins et modèles (compétence) : question connexe de concurrence déloyale », *D.* 2016.1756.
 - « Pratique restrictive (action du ministre) : exclusion d'une clause compromissive », *D.* 2016.1910.
 - « Sanction par l'AMF de tout manquement aux obligations visant à protéger les investisseurs ou le bon fonctionnement du marché », *Constitutions* 2017.344.
 - « Déséquilibre significatif entre les parties : inadéquation du prix au bien vendu », *D.* 2017.293.
 - « Rupture brutale de relation : inapplicabilité du régime entre une coopérative et un associé », *D.* 2017.404.
 - « Rupture brutale des relations commerciales : portée de la crise conjoncturelle », *D.* 2017.2552.
 - « Saisie immobilière (prescription du titre) : office du juge de l'exécution », *D.* 2018.121.
 - « La procédure de sanction de l'agence antidopage est contraire à la Constitution », *AJDA* 2018.251.
 - « Déséquilibre significatif dans les relations commerciales II », *Constitutions* 2018.468.
 - « Pratiques restrictives (juridictions spécialisées) : compétence de la cour d'appel de Paris », *D.* 2018.612.
 - « Cour d'assises (acquiescement partiel) : motivation de la décision », *D.* 2018.1388.
 - « Constitution de partie civile abusive : le juge doit motiver le montant de l'amende civile », *JCP G* 2018, 949.
 - « Peine (motivation) : justification en cas de prononcé de plusieurs peines », *D.* 2018.1494.
 - « Pratique anticoncurrentielle (non-respect d'engagements) : proportionnalité de la sanction », *D.* 2018.1908.
 - « Peine (confiscation et amende) : contrôle de la motivation des juges du fond », *D.* 2019.1105.
 - « Sport (lutte contre le dopage) : inconstitutionnalité de l'ancien régime », *D.* 2019.1543.
- J.-J. Ansault,**
-« Astreinte : l'astreinte “conventionnelle” est bien une clause pénale », *GP* 2015/325, p. 15.
-« Astreinte : portée du caractère accessoire de l'astreinte », *GP* 2015/325, p. 16.
- J.-L. Aubert,** « Protection des consommateurs », *D.* 1988, somm. p. 405.

J.-B. Auby, « Note sous décision n° 79-109 DC », *D.* 1980, II, 249.

V. Avena-Robardet, « Crédit à la consommation : l'office du juge retrouvé », *D.* 2009.365.

L. d'Avout, « La liberté d'entreprendre au bûcher ? », *D.* 2014.1287.

L. Ayrault, « Office du juge et répression administrative en matière fiscale », *Procédures*, 2011/6, p. 28.

W. Azoulay, « “*Ne bis in idem*” : la chambre criminelle fait de la résistance », *Daloz actualité* 28 sept. 2017.

M. Babonneau, « Le non bis in idem fiscal aux portes du Conseil constitutionnel », *Daloz actu aff.*, 31 mars 2016.

L. Baghestani, « Principe de nécessité des peines et des sanctions », *LPA* 2012/152, p. 28.

D. Bakouche, *JCP G* 2007, II 10024.

A. Ballot-Léna, « Autonomie de l'action du ministre chargé de l'économie en matière de pratiques restrictives de concurrence », *JCP E* 2008, 2143.

M. Bandrac, « À propos de l'action exercée par le ministre de l'Économie (art. L. 442-6, III, c. com.). Quelques observations de l'ordre de la tératologie juridique », *D.* 2008.3046.

H. Barbier,
 -« Faveur pour la transmission de l'obligation lors d'une transmission d'entreprise », *RTD civ.* 2014.367.
 -« Les avancées du contrôle de l'adéquation du prix à la prestation du contrat *via* la sanction des clauses abusives », *RTD civ.* 2017.383.
 -« Les limites à la liberté du choix du juge compétent pour connaître d'une rupture des relations commerciales établies », *RTD civ.* 2017.391.

C. Barrois de Sarigny, « Conformité au principe d'impartialité des pouvoirs de l'ANAH en matière de sanctions », *AJDA* 2019.715.

I. M. Barsan, « La personnalité des peines appliquée aux personnes morales en cas de fusion », *Rev. soc.* 2018.156.

P. Beauvais, « L'infraction terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018.75.

D. de Béchillon, Ch. Jamin, « La Convention européenne des droits de l'Homme au supermarché », *D.* 2007.2313.

M. Béhar-Touchais,
 -« Contrats illicites », *RLC* 2008/17.
 -« Éviction des règles protectrices du droit pénal en cas de condamnation à une amende civile », *RLC* 2010/25.
 -« Le Conseil constitutionnel peut-il vraiment statuer sans se soucier de l'opportunité ? », *RLC* 2011/27, p. 41.
 -« Le ministre et le grand distributeur devant la Cour européenne des droits de l'homme, mais toujours sans les fournisseurs », *RLC* 2012/31.
 -« Quand les juges du second degré viennent contenir le déséquilibre significatif », *RDC* 2014, p. 411.
 -« De l'entreprise comme sujet du droit des pratiques restrictive de concurrence », *RDC* 2014/3, p. 415.
 -« Premières précisions de la Cour de cassation sur le déséquilibre significatif », *RDC* 2015, p. 523.
 -« Une amende civile peut être prononcée à l'encontre de la société absorbante pour des pratiques restrictives de concurrence commises par la société absorbée », *RDC* 2016/4, p. 683.
 -« Le Conseil constitutionnel instaure un contrôle des prix à la française ! », *JCP G* 2018, 1346.

M. Bélaval, R. Salomon, « Chambre commerciale », *D.* 2008.2752.

A. Bénabent, Note sous CE, 12 oct. 1979, *Rassemblement des nouveaux avocats de France et autre*, *D.* 1979.II.606.

C. Berlaud, « Astreinte et taux de compétence », *GP* 2014/310, p. 22.

M. Billiau,
 -« Quand la clause d'exécution forcée de l'obligation principale du débiteur devient clause pénale », *JCP G*, 1996 I 3914.
 -*JCP G* 2000, II 10295.

J.-R. Binet,
 -« Maman a épousé papy avec la bénédiction de la Cour de cassation », *Dr fam.* 2014, comm. 1.
 -« Nullité d'un mariage incestueux et droit à la vie privée et familiale », *Dr fam.* 2017, comm. 24.

J.-P. Blatter, « Baux d'habitation et mixtes. – loi du 23 décembre 1986. – Clauses réputées non écrites. – Clause pénale. – Amende (non) », *AJDI* 1996.313.

B. Boccara, « De la généralisation de la prescription différée des délits clandestins », *LPA* 1997/41, p. 17.

E. Bonis-Garçon,

- « Nature juridique du retrait d'un crédit de réduction de peine », *Dr. pén.* 2014, comm. 134.
- « L'extension de la motivation aux amendes contraventionnelles », *JCP G* 2018, 951
- Th. Bonneau**,
- « Condamnation des dirigeants sociaux », *Dr. soc.* 2004, comm. 131.
- « Le juge pénal peut sanctionner le même comportement que l'AMF, la règle *non bis in idem* n'ayant pas vocation à s'appliquer », *Dr. soc.* 2009, comm. 122.
- J.-S. Borghetti**, « Le parieur, le hors-jeu et la relativité de la faute civile », *D.* 2018.1794.
- D. Bosco**, « Droit constitutionnel et concurrence : faut-il désespérer ? », *CCC* 2011, repère 2.
- A. Botton**, « Motivation des peines par les cours d'assises : interprétation d'une censure d'interprétation », *D.* 2018.1191.
- F. Boucard**,
- GP*, 2006/173, p. 24.
- « Légalité et proportionnalité des sanctions prononcées par l'AMF », *RDBF* 2017, comm. 145.
- N. Boucaron-Nardetto**, « Exception d'inapplicabilité manifeste de la clause compromissoire : nouvelle illustration », *AJCA* 2016.245.
- B. Bouloc**,
- « Principe de proportionnalité ; domaine d'application », *RSC* 1995.812.
- « Retrait de points et nécessité de mentionner les peines dans le jugement », *RSC* 2000.603.
- « Délit de favoritisme. Dépassement du seuil imposant une mise en concurrence », *RTD com.* 2009.471.
- « Pratiques commerciales abusives. Respect du principe de légalité. Précision de la loi », *RTD com.* 2011.655.
- C. Brenner**, « Liquidation en appel de l'astreinte ordonnée par le premier juge : d'une jurisprudence, l'autre ... », *GP* 2018/43, p. 25.
- J. Brethe de la Gressaye**, *S.* 1925.I.217.
- J.-D. Bretzner**, « Les tribulations du principe de la personnalité des peines en cas de fusion absorption », *RLC* 2014/40.
- J.-M. Brigant**,
- « Régime des abus de marché. Pas de saisine d'office de la Commission des sanctions de l'AMF », *RSC* 2015.360.
- « Sanctions prononcées par l'AMF : tout est conforme », *RSC* 2017.540.
- « Légalité et proportionnalité de sanctions prononcées par l'AMF », *JCP G* 2017, 736.
- Ph. Brun**, « Coupable et irresponsable », *D.* 2000.673.
- C.-E. Bucher**, « Le préjudice causé au gérant non salarié d'une succursale de commerce de détail alimentaire du fait de la stipulation d'une clause de non-concurrence nulle n'est plus présumé », *L'ESSENTIEL Distribution et concurrence*, 2017/1, p. 7.
- J. Buisson**, « QPC : crédit de réduction de peine », *Procédures* 2014, comm. 280.
- D. Bureau**, « Persistance du contentieux international de la rupture de relations commerciales établies », *Rev. crit. DIP* 2018.126.
- F. Buy**,
- « Le "déséquilibre significatif", devant la Cour de cassation : enfin des précisions ?, *D.* 2015.1021.
- « Rupture brutale des relations commerciales établies : panorama 2016 », *RLDC* 2016/143.
- « La Cour de cassation autorise un contrôle judiciaire du prix en application de l'article L. 442-6, I, 2°, du code de commerce », *D.* 2017.481.
- « Oui au contrôle judiciaire du prix ! », *AJ contrat* 2019.2.
- « Déséquilibre significatif : conformité à la Constitution du contrôle judiciaire du prix », *CCC* 2019, alerte 2.
- F. Buy, J.-C. Roda**, « *Big is not beautiful !* (Amazon au crible du déséquilibre significatif) », *AJ contrat* 2019.433.
- M.-E. C.**, « Le soit-transmis du procureur de la République interrompt la prescription », *AJ pénal* 2009.129.
- J. Cabannes**, *D.* 1984.525.
- M. Cabrillac, Ph. Pétel**, « Redressement et liquidation judiciaire des entreprises », *JCP E* 1997, 681.
- P. Cagnoli**, « Seules les véritables saisines d'office sont abrogées par le Conseil constitutionnel », *Rev. proc. coll.* 2014, comm. 94.
- Ch. Caron**, « Quand la concurrence déloyale s'inspire de la propriété intellectuelle », *Comm. Com. El.*, 2018, comm. 9.
- S. Carval**,
- « Paiement de la clause pénale en l'absence de preuve du préjudice », *RDC* 2007, p. 749.
- « Violation d'une obligation de ne pas faire », *RDC* 2007, p. 1140.

- « Réparation d'une perte de chance de 5% : est-ce bien raisonnable ? », *RDC* 2011, p. 83.
- P. Cassia, E. Saulnier- Cassia**, *Dr. adm.* oct. 2006, 31.
- C. Castets- Renard**, *D.* 2006, 2157.
- G. Casu**, « La censure de la "loi Florange" par le Conseil constitutionnel. À propos de la décision 2014-692 DC du 27 mars 2014 », *LPA* 2014/105, p. 4.
- N. Catelan**, « *Ne bis in idem* et le cumul recel/blanchiment », *JCP G* 2017, 16.
- F. Chabas**,
 -*RTD civ.* 1984.508.
 -*JCP G*, 1995, II 22493.
- M. Chagny**,
 -« Droit des obligations », *JCP G* 2008, doct. 218.
 -« Le déséquilibre significatif devant la CA de Paris », *RTD com.* 2014.785.
 -« Condamnation de ristournes de fin d'année sur le fondement de la règle sur le déséquilibre significatif », *AJCA* 2015, p. 435.
 -« La règle sur le déséquilibre significatif devant la Cour de cassation ! », *RTD com* 2015.486.
 -« Le déséquilibre significatif financier sanctionné par la cour d'appel de Paris », *RTD com.* 2015.492.
 -« Le déséquilibre significatif de nouveau devant la Cour de cassation », *RTD com.* 2016.81.
 -« Jurisprudence : La règle sur la rupture brutale entre droit spécial de la concurrence et droit commun de la responsabilité civile », *RTD com.* 2016.719.
 -« La démonstration du comportement consistant à "soumettre ou tenter de soumettre" », *RTD com.* 2017.601.
 -« Le domaine d'application de la règle sur le déséquilibre significatif : le flux et le reflux ? », *RTD com.* 2017.593.
- F. Chaltiel**,
 -*RFDC* 2006, 837.
 -« La réforme de la justice devant le Conseil constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée (à propos de la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2008) », *LPA* 2008/58, p. 3.
- G. Chantepie**, « Le déséquilibre significatif au miroir de la Cour de cassation », *AJCA* 2015.218.
- Y. Chartier**, « La responsabilité du gérant en cas de fait délictuel ou quasi délictuel imputable à une société », *Rev. soc.* 1992.55.
- A.-S. Chavent-Leclère**,
 -« La recevabilité de l'"action de groupe" d'une association », *Procédures* 2015, comm. 237.
 -« Pas de cumul lorsque les faits procèdent de manière indissociable d'une action unique », *Procédures* 2020, comm. 22.
- E. Chevrier**,
 -« Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles en cas de transfert d'entreprise », *D.* 2006.781.
 -« Pratiques restrictives : nature de l'action du ministre de l'économie », *D.* 2011.2652.
 -« L'action – autonome – en responsabilité quasi-délictuelle du ministre », *Dalloz actu*, 2 nov. 2011.
- M. Collet, P. Collin**, « Le cumul de sanctions pénale et fiscale face aux exigences constitutionnelles et européennes », *JCP G* 2016, 847.
- L. Constantin**,
 - L. Constantin, « Prononcé d'une amende civile : le principe de la personnalité des peines hors-jeu ? – Cour de cassation, com. 21 janvier 2014 », *AJCA* 2014.41.
 -« Rupture brutale des relations commerciales, précisions sur le régime de l'amende civile – Cour d'appel de Paris 3 décembre 2014 », *AJCA* 2015.229.
- Ph. Conte**,
 -« Loi du 29 juillet 1881 sur la presse ; exceptio veritatis : abrogation par le Conseil constitutionnel du c) de l'article 35 », *RPDP* 2013.648.
 -« Les limites de la répression de l'auto-blanchiment », *Dr. pén.* 2017, comm. 1.
 -« *Non bis in idem* – Conditions d'application du principe », *Dr. pén.* 2017, comm. 4.
 -« Concours réel et idéal d'infractions », *Dr. pén.* 2018, comm. 60.
 -« *Non bis in idem* », *Dr. pén.* 2018, comm. 103.
- E. Cortot-Boucher**, « Les sommes versées au titre d'une astreinte prononcée par une décision de justice ne sont pas déductibles du résultat imposable », *Rev. dr. fisc.* 2012, comm. 440.
- D. Costa**, « L'Autorité des marchés financiers : juridiction ? quasi-juridiction ? pseudo-juridiction ? », *RFDA* 2005.1174.
- A. Couret**, « Fusion : la transmission à la société absorbante de l'amende civile sanctionnant le comportement de l'absorbée », *BJS* 2014/3, p. 180.

L. Coutron, « Chronique contentieux de l'Union européenne – Autonomie procédurale et/ou article 47 de la Charte : quel(s) fondement(s) pour le droit au juge ? », *RTD eur.* 2018.363.

H. Croze, « Conditions du prononcé de l'amende civile », *Procédures* 2015, comm. 316.

J. Daleau, « Le contrôle du respect de la procédure relative au prononcé de l'amende civile », *Dalloz actualité*, 5 mars 2007.

E. Daoud, V. de Tonquédec, « L'affaire *Wildenstein*, un cas d'école du traitement de la fraude fiscale par le juge pénal », *AJ pénal* 2017.178.

A. Dadoun,
 -« Faut-il avoir peur du "déséquilibre significatif" dans les relations commerciales », *LPA* 2011/73, p. 17.
 -« L'obligation constitutionnelle de motivation des peines », *RSC* 2018.805.

R. Dalmau, « La société absorbante ne peut toujours être poursuivie pour les infractions commises par la société absorbée », *D.* 2016.2606.

N. Damas, « Sous-location de courte durée autorisée : condamnation du bailleur », *AJDI* 2019.118.

F. Deboissy, « BIC. Frais et charges. Amende prononcée par le Conseil de la concurrence. Déduction (non). CGI, art. 39-2 », *RTD com.* 2000.757.

O. Decima,
 -« Le fantôme de *ne bis in idem* », *D.* 2015.874.
 -« Tombeau de *ne bis in idem* », *D.* 2016.931.

G. Decocq, « L'impact d'une opération de concentration sur le calcul de l'amende », *CCC* 2017, comm. 108.

A. Dejean de la Bâtie,
 -« Quand la chance de l'escroc tourne au profit de sa victime », *D.* 2018.2217.
 « Abus de faiblesse et prescription : l'infraction continuée tient bon », *D.* 2019.2335.

N. Dejean de la Bâtie, *JCP G* 1984, II 20255.

Ph. Delbecq,
 -« Définition de la clause pénale : évaluation conventionnelle de dommages et intérêts en cas d'inexécution de la convention », *D.* 1996.116.
 -« Le dirigeant d'une SCI n'est personnellement responsable que s'il commet une faute séparable de ses fonctions », *D.* 1999.264.

X. Delpech,
 -« Droit d'agir en justice d'une association », *D.* 2008.2437.
 -« À la une - Hébergement - Location en meublé de tourisme : la Cour de cassation se prononce », *JT* 2018/211, p. 9.

O. Deshayes, « La stipulation de sanctions contractuelles n'exclut pas la mise en œuvre des solutions issues du droit commun des obligations », *JCP G* 2019, 363.

A. Dekeuwer, « Note sous décision n° 80-127 DC », *D.* 1982.441.

P.-J. Delage, « Computation du délai de prescription de l'action publique : la pédagogie de la chambre criminelle », *RSC* 2018.131.

S. Detraz, « *Non bis in idem* : Convention européenne et réserve française », *D.* 2017.2130.

N. Devouèze, « CJUE : principe *ne bis in idem* et cumul de sanctions », *Dalloz actu* 14 mars 2013.

M. Disant,
 -« Le déjà jugé inconstitutionnel. Changement de circonstances et contexte normatif », *Constitutions* 2016/2, p. 261.
 -« La jurisprudence source de QPC ? », *JCP G* 2018, 1178.
 -« Concurrence : le juge peut-il exercer un contrôle sur les prix ? », *JCP E* 2018, act. 736.

L. Domingo, « Impartialité et séparation des fonctions », *Constitutions* 2018.116.

B. Dondero,
 -« Définition de la faute détachable des fonctions du dirigeant social », *D.* 2003.2623.
 -« La définition de la faute détachable des fonctions du dirigeant social précisée par la Cour de cassation », *JCP E* 2009, 1602.

A. Donnier, « Prescription et clandestinité : la troublante constance de la Cour de cassation », *D.* 2005.2998.

L. Drai, « Précisions sur les droits du gérant non salarié de succursale », *JCP S* 2016, 1402.

E. Dreyer, « Punir autant que nécessaire pour protéger des intérêts ? », *JCP G* 2015, 1285.

O. Dufour, « C'est la fin des doubles poursuites... au terme de 26 ans de combat », *LPA* 2015/59, p. 4.

P. Dufourq, « Devoir de vigilance des multinationales : retour sur la décision du Conseil constitutionnel », *Dalloz actu*, 29 mars 2017.

N. Dupont, « Recevabilité d'une action en justice d'une association non habilitée par la loi », *JCP G* 2008, II 10200.

X. Dupré de Boulois, L. Milano, « Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'Homme », *RFDA* 2019.740.

L. Duthillet de Lamothe, « L'introuvable nature des amendes pour recours abusif », *AJDA* 2019.2193.

G. Eckert, « Vers l'interdiction du cumul des poursuites administratives et pénales », *Rev. jur. éco. pub.* 2014, comm. 48.

P. Esmein, note sous Civ. 1^{re}, 16 nov. 1955, *JCP* 1956, II 9087.

B. Fages,
 - « Mais de l'abus en dehors du droit des clauses abusives », *RTD civ.* 2010.324.
 -« Comprendre ce que l'engagement implique », *RTD civ.* 2011.120.
 -« Peines excessives », *RTD civ.* 2011.122.

D. Fasquelle, « Amende civile, appel, intervention du ministre de l'économie et des finances : première illustration d'une intervention directe de l'Administration en appel pour obtenir la condamnation d'un distributeur au paiement d'une amende civile », *Concurrences* 2006/2, p. 103.

Th. Favario, « Convertir d'office un redressement en liquidation judiciaire est conforme à la Constitution », *LDED* 2014/07, p. 3.

D. Ferrier, « Concurrence-Distribution », *D.* 2017.881.

J.-F. Flauss,
 -« Droit administratif et Convention européenne des droits de l'homme », *AJDA* 1998.984.
 -« Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme », *AJDA* 2009.872.

O. Flécheux, « Libre concurrence et garantie d'un procès équitable », *GP* 1999/336, p. 2.

G. Forest, « Pollution : intérêt à agir des associations », *D.* 2011.2635.

F. Fourment,
 -« Exception de vérité des faits diffamatoires de plus de dix ans : quand l'arbre de la Constitution française ne cache plus la forêt de la Convention européenne », *GP* 2011/167, p. 12.
 -« Du principe de loyauté de la preuve et de son application aux matières civiles et pénales », *D.* 2011.562.

J. Francillon,
 -« Publications interdites d'actes d'une procédure pénale ou d'informations relatives à une constitution de partie civile. Limites du principe de la liberté d'expression. Responsabilité pénale du directeur de publication et du journaliste », *RSC* 2001.176
 -« Preuve de la vérité de faits diffamatoires effacés par amnistie, prescription, réhabilitation ou révision (QPC) », *RSC* 2013.574.

S. Fucini,
 -« Effet interruptif de prescription du soit-transmis du juge d'instruction », *Dalloz actu* 19 déc. 2014.
 -« Principe *ne bis in idem* et cumul de qualification : régression de la protection ? », *Dalloz actu.*, 16 mai 2019.

E. Garaud, « Le prononcé d'une sanction pécuniaire par la COB suppose le respect de la présomption d'innocence prévue par la CEDH », *JCP G* 1999, II 10057.

A. Gaudemet, « Affaire Wendel-Saint-Gobain : un parfum de LVMH ? », *D.* 2011.855.

P.-Y. Gautier, « Causes et effets d'une même obligation, le remboursement anticipé du prêt d'argent », *RTD civ.* 1993.607.

B. Genevois,
 -« Commentaire de la décision CSA », *RFDA* 1989.226.
 -« Le conseil constitutionnel, la séparation des pouvoirs et la séparation des autorités administratives et judiciaires », *RFDA* 1989.671.

D. Gibirila, « Sociétés à responsabilité limitée – Indemnisation du préjudice résultant de la révocation fautive, sans juste motif et dans des conditions brusques et vexatoires d'un gérant de SARL », *JCP G* 1995, II 22432.

Th. Gisclard, « La nature des "dommages et intérêts" sanctionnant la contrefaçon. - À propos de l'arrêt de la CJUE, 25 janv. 2017, aff. C-367/15, Stowarzyszenie Olawska Telewizja Kablowa c. Stowarzyszenie Filmowców Polskich », *Propriété industrielle*, n° 5, Mai 2017, étude 15.

A. Giudicelli,
 -« La chambre de l'instruction n'est pas tenue de motiver spécialement le montant de l'amende civile, dont le prononcé n'entre pas dans les prévisions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'Homme », *RSC* 2002.625.
 - « Les disparues de l'Yonne ou l'impossible prescription », *RSC* 2003.585.

B. Gorchs, « Le relevé d'office des moyens tirés du code de la consommation : une qualification inappropriée », *D.* 2010.1300.

Ph. Graveleau, *GP* 2005/256, p. 20.

J.-P. Gridel,

-« Droit du propriétaire de s'opposer à la diffusion de l'image de son bien, action en justice des associations : un arrêt doublement instructif », *D.* 2001.1973.

-« Le contrôle de proportionnalité exercé par le juge judiciaire français », *LPA* 2009/46, p. 113.

M. Grimaldi, « Les dispositions de l'article 792 du code civil ne sont pas applicables lorsque les sommes dues par le débiteur le sont en sa qualité d'indivisaire et non en celle d'héritier. La rémunération de l'indivisaire gérant n'est pas limitée par les résultats de cette gestion », *D.* 1995.333.

L. Grosclaude, « Intérêt à agir d'une association », *RTD com* 2004.555.

H. Groutel,

-« Revirement de jurisprudence au sujet de la responsabilité des préposés », *RCA*, 2000 chron. n° 11.

-« Juridiction compétente pour statuer sur le recours du commettant contre le préposé », *RCA* 2008, comm. 50.

L. Grynbaum,

-« Diffusion d'information inexactes : faute intentionnelle et assurabilité », *Rev. sociétés*, 2012.637.

-« Assurance des sanctions pécuniaires administratives et frais de défense : un arrêt didactique, muet sur l'assurabilité », *Rev. soc.* 2020.103.

M. Guerin, « La transaction pénale environnementale constitutionnelle », *Energie – Environnement – Infrastructures*, 2015, comm. 7.

G. Guerin, « Astreinte : comment la liquider », *L'ESSENTIEL Droit des contrats*, 2019/4, p. 7.

S. Guinchard et T. Moussa, *G.P.* 1985.2.742.

M. Guyomar,

-« Le Conseil d'État statue pour la première fois sur une sanction prononcée par l'Autorité des marchés financiers », *LPA*, 2005/82, p. 5.

-« Les réserves accompagnant un traité ou un accord international constituent des actes de gouvernement », *GP* 2019/5, p. 26.

K. Haeri, « Vigilance. - Une loi partiellement mais sévèrement censurée qui conserve une portée symbolique forte », *JCP G* 2017, I 545.

J. Hauser,

-« La protection de la vie privée : conditions et sanctions », *RTD civ.* 1997.632.

-« Mariage nul : proportionnalité versus réalité », *JCP G* 2017, 166.

L. C. Henry, « Le Conseil constitutionnel plus subtil que le législateur ! », *Rev. soc.* 2015.201.

X. Henry, « Les principes jurisprudentiels mal établis de la rupture brutale de l'article L. 442-6, I, 5° du code de commerce », *RTD com.* 2018.523.

D. Holleaux, *D.* 1959.537.

J. Honorat, « Chronique de jurisprudence », *Defrénois*, 1992/13-14, p. 915.

R. Hostiou, « Voie de fait et droit à réparation », *AJDI* 2010.329.

J.-G. Huglo, « Liberté d'établissement et libre prestation des services », *RTD eur.* 1996.741.

M.-L. Izroche, « Agissements parasitaires constitués par l'imitation du slogan publicitaire d'un concurrent », *D.* 1996.252.

P. Jan, « Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA* 2008.714.

Th. Janville, « Tel peut-il être aisément pris qui croyait prendre ? », *GP* 2002/250, p. 12.

F. Jault-Seseke, « Responsabilité pour rupture brutale des relations commerciales établies : l'action de nature extracontractuelle est indirectement soumise à la loi du contrat », *D.* 2014.1250.

P.-A. Jeanneney, *JCP* 1985, II 20478.

E. Joly-Sibuet, « Recours abusif constitutif d'une escroquerie », *RTDI* 2014/3, p. 72.

P. Jourdain,

-*JCP* 1984, II 20256.

-« La seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation », *D.* 1997.289.

-« Le préposé qui n'excède pas les limites de sa mission n'engage pas sa responsabilité envers les tiers », *RTD civ.* 2000.582.

-« Présomption de dommage et concurrence déloyale », *RTD civ.* 2002.304.

-« Responsabilité personnelle des dirigeants sociaux : la chambre commerciale précise ce que peut être la faute "séparable des fonctions" », *RTD civ.* 2003.509.

-« Responsabilité du préposé : une nouvelle extension des limites à l'immunité », *RTD civ.* 2007.135.

-« Le préjudice personnel d'une association de protection de l'environnement défendant des intérêts collectifs », *RTD civ.* 2008.305.

-« Action associative : la Cour de cassation retient une conception large du préjudice moral des associations de défenses de l'environnement », *RTD civ.* 2011.765.

-« Responsabilité du dirigeant social : la chambre criminelle n'exige pas l'existence d'une faute détachable de ses fonctions sociales », *RTD civ.* 2018.667.

P. Julien, « Procédure civile et voies d'exécution », *D.* 1982, IR 153

J. Juvénal, « Dommages-intérêts punitifs : comment apprécier la conformité à l'ordre public international ? », *JCP G* 2011 note 140.

R. Kessous, *JCP G* 2000, II 10295.

J. Klein, « Contrats sur la preuve : sur la portée de l'interdiction d'établir une présomption irréfragable », *RDC* 2018, p. 205.

J. Kluger, « L'élaboration d'une notion de sanction punitive dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *RSC* 1995.505.

R. Koering-Joulin, « Indépendance et impartialité du tribunal. Impartialité subjective », *RSC* 1998.392.

E.-H. Labbé, obs sous Req. 15 juin 1892, *S.* 1893.1.281.

M. Lamarche, « Empêchement à mariage entre alliés et nullité : sentimentalisme ou pragmatisme de la Cour de cassation », *JCP G*, 2014, 93.

E. Lamazerolles, « Droit d'agir en justice d'une association », *D.* 2004.2931.

B. de Lamy,
 -« La transmission d'une amende par voie successorale », *RSC* 2013.430.
 -« Où l'on apprend que la transaction pénale n'est pas pénale ... parce que l'intéressé consent », *RSC* 2015.711.
 -« La transaction pénale n'est (toujours) pas (totalement) pénale », *RSC* 2017.289

Ch. Laporte, « Pouvoirs du juge », *Procédures* 2017, comm. 125.

S. Laulom, « L'indépendance affirmée de l'article 9 du code civil du droit commun de la responsabilité », *D.* 1997.403.

O. Le Bot,
 -« Le pouvoir de sanction des autorités administratives soumis aux principes d'indépendance et d'impartialité », *Constitutions* 2013.95.
 -« Le pouvoir de sanction de l'administration fiscale », *Constitutions* 2014.489.
 -« Nouvelle censure d'une AAI pour la méconnaissance de l'exigence de séparation des fonctions de poursuites et de jugement », *Constitutions* 2017.591.

P. Le Cannu, « Responsabilité des dirigeants de société envers les tiers : la "faute séparable des fonctions et imputable personnellement" », *Bull. Joly soc.* 1998/5, p. 535.

A.-V. Le Fur, « L'organisation structurelle de l'AMF suffit-elle à garantir le respect des exigences constitutionnelles d'indépendance et d'impartialité ? », *BJB* 2014.199.

A.-V. Le Fur, D. Schmidt, « La réforme du contentieux financier imposée par le Conseil constitutionnel », *D.* 2015.894.

H. Le Nabasque,
 -« Enfin une définition de la faute détachable », *Bull. Joly soc.* 2003/7, p. 786.
 -« Responsabilité du dirigeant pour faute détachable en droit des marques », *Bull. Joly soc.* 2004/12.
 -« Wendel/Sanction-Gobain : confirmation par la cour d'appel de Paris de la décision de sanction de l'AMF du 13 décembre 2010 », *Rev. soc.* 2012.586.

A. Lecourt, « Le déséquilibre significatif au crible du Conseil constitutionnel », *RLDA* 2011/58, p. 37.

D. Legeais, « Crédit à la consommation. Pouvoir du juge de soulever d'office une disposition d'ordre public du code de la consommation », *RTD com.* 2009.421.

M. Léna, « Amende civile et principe d'impartialité », *Dalloz actualité*, 14 avr. 2011.

A.-M. Leroyer, « La tierce opposition au prisme du contrôle de proportionnalité », *RTD civ.* 2019.564.

L. Leveneur,
 -« Les indemnités de remboursement anticipé et l'article 1152 alinéa 2 du Code civil », *CCC* 1993, comm. 41.
 -« Critère de l'excès manifeste », *CCC* 1997, comm. 75.
 -« D'importantes précisions sur le préjudice causé par le manquement du médecin à son devoir d'information », *CCC* 2014, comm. 86.

M. Leveneur-Azémar, « Le retour en grâce des clauses relatives à la réparation se confirme », *JCP G* 2018, 415.

F.-X. Licari,
 -« La compatibilité de principe des punitive damages avec l'ordre public international : une décision en trompe l'œil de la Cour de cassation ? », *D.* 2011.423.
 -« Quelques précisions importantes sur les champs d'application et les modalités du déséquilibre significatif de l'article L. 442-6 I 2° du Code de commerce », *RLC* 2017/148.

A. Lienhard,
 -« Responsabilité des dirigeants : la Chambre commerciale définit la faute séparable des fonctions », *D.* 2003.1502.

- « Responsabilité de la société mère en cas de pollution causée par une de ses filiales », *D.* 2009.2413.
- « Conversion de sauvegarde en redressement judiciaire : constitutionnalité de la saisine d'office », *D.* 2015.156.
- R. Lindon**, note sous Paris, 7^e ch., 13 févr. 1971, *JCP G* 1971, II 16774.
- Y. Lobin**, *D.* 1970.116.
- A.-M. Luciani**,
 - « L'action du ministre de l'économie en nullité et en répétition de l'indu déclarée irrecevable pour contrariété à l'article 6 de la Convention EDH », *JCP G* 2007, II 10191.
 - « Conformité à l'article 6 de la Convention EDH des pouvoirs du ministre de l'économie pour lutter contre les pratiques restrictives de concurrence », *JCP G* 2012, 462.
- J. Magnol**, note sous Crim., 23 nov. 1949 et Montpellier Chambre correctionnelle 22 nov. 1949, *JCP* 1950, II 5615.
- D. Maillard Desgrées du Loû**, « Inconstitutionnalité de l'interdiction automatiquement attachée à un arrêté de reconduite à la frontière », *D.* 1994.111.
- D. Mainguy**,
 - « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP G* 2011, 274.
 - « Le Conseil constitutionnel et l'article L. 442-6 du Code de commerce », *JCP E* 2011, 1136.
- P. Maistre du Chambon**, « L'hostilité de la Cour de cassation à l'égard de la prescription de l'action publique », *JCP G* 2002, II 10075.
- M. Malaurie-Vignal**,
 - « La preuve du préjudice est-elle nécessaire dans l'action en concurrence déloyale ? », *CCC* 2000/5, comm. 81.
 - M. Malaurie-Vignal, « La Cour de cassation reconnaît la spécificité de l'action du ministre de l'économie fondée sur l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *CCC* 2008, comm. 237.
 - « Autonomie de l'action du ministre de l'économie agissant sur le fondement de l'article L. 442-6, III du Code de commerce », *CCC* 2010, comm. 44.
 - « Déséquilibre significatif : faut-il opposer l'action en cessation et l'action en nullité et réparation, comme le fait l'arrêt de la cour d'appel de Paris ? », *CCC* 2011, comm. 63.
 - « La prorogation légale de compétence du tribunal de grande instance prévue par l'article L. 522-2 du Code de la propriété intellectuelle ne trouve application qu'à l'égard d'une question connexe de concurrence déloyale », *CCC* 2016, comm. 231.
- Ph. Malinvaud**, « Le défaut de conformité est sanctionné par l'article 1184 du code civil », *RDI* 2005.299.
- C. Mandon**, « La guerre contre la fraude fiscale aura bien lieu, commentaire des décisions QPC n° 2016-545 et 546 », *Constitutions* 2016.436.
- J.-P. Margénaud**, « L'affirmation du principe du non-cumul des sanctions administratives et des sanctions pénales en matière économique », *RSC* 2015.169.
- L. Marino**, « Compétence du tribunal de grande instance ou du tribunal de commerce ? La ligne de partage est désormais claire en droit des dessins et modèles communautaires ! », *Propriété industrielle* 2016, comm. 87.
- E. S. de la Marnierre**, « Clause pénale : indemnité forfaitaire, dédit et pouvoir du juge de modérer ou augmenter », *D.* 1990.390.
- A. Maron, M. Haas**, « L'amende (pénale) est plus contagieuse que la grippe », *Dr. pén.* 2018, comm. 201.
- A. Martin-Serf**,
 - « Article 40. Sanction pécuniaire prononcée par le Conseil de la concurrence après le jugement d'ouverture pour des pratiques antérieures, Trésor public, Arrêt des poursuites individuelles (non), Obligation de déclaration (non) », *RTD com.* 1998.944.
 - « La créance de dommages-intérêts pour procédure abusive entre dans les prévisions de l'article 40 de la loi de 1985 (c. com., art. L. 621-32) lorsque le jugement qui prononce la condamnation est postérieur au jugement d'ouverture », *RTD com.* 2004.158.
- C. Mascala**,
 - « Délit de favoritisme à l'Université (art. 432-14 C. pén.) : un président pénalement sanctionné, *RSC* 2010.141.
 - « Cumul de poursuites et cumul de sanctions en matières boursière et fiscale : deux poids, deux mesures pour le Conseil constitutionnel », *D.* 2016.1839.
- Ch. Masquefa**, « Licenciement économique. Difficultés économiques. Niveau d'appréciation ... », *Droit social* 2001.894.
- N. Mathey**,
 - « Note sous décision », *CCC* 2011, comm. 62.

-« Déséquilibre significatif dans les relations de distribution », *CCC* 2011, comm. 234.

-« Action du ministre et compétence territoriale », *CCC* 2012, comm. 9.

-« Principe de personnalité des peines et transmission de l'imputabilité en matière de pratiques restrictives », *CCC* 2014, comm. 91.

-« Le Conseil constitutionnel valide le contrôle judiciaire du prix », *CCC* 2019, comm. 23.

B. Mathieu, « Jusqu'où peut-on faire porter sur les entreprises un devoir de vigilance en matière de protection des droits de l'Homme et de l'environnement », *Constitutions* 2017.291.

H. Matsopoulou,

-« Le cumul de poursuites et de sanctions administratives et pénales, pour les mêmes faits, n'est pas conforme à la règle *ne bis in idem* », *Rev. soc.* 2014.675.

-« La fin partielle des poursuites pour manquement et pour délit d'initié », *Rev. soc.* 2015.380.

P. Matter, Conclusions sous Civ. 4 mai 1931, *GP* 1931.1.872.

C. Mauro, « *Ne bis in idem* : un tremblement de terre ? », *AJ pénal* 2015.172.

Y. Mayaud,

-« Discrimination syndicale et harcèlement moral : deux qualifications cumulables pour un même fait... », *RSC* 2007.818.

-« La rétention de sûreté après la décision du Conseil constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *D.* 2008.1359.

-« L'exception de vérité désormais ouverte aux faits de plus de 10 ans », *RSC* 2011.401.

-« Affaire Lempereur : enfin la bonne solution ! », *RSC* 2014.777.

-« Lorsque la dénonciation calomnieuse est constitutive d'un abus de constitution de partie civile, ou du principe *ne bis in idem* », *RSC* 2016.66.

L. Mayer, « Une nouvelle exigence au titre du principe de loyauté dans l'administration de la preuve », *GP* 2017/17, p. 69.

D. Mazeaud, « Possibilité pour le juge de supprimer une clause pénale lorsque le créancier n'a subi aucun préjudice du fait de l'inexécution invoquée », *D.* 1992.365.

H. et L. Mazeaud, *RTD civ.* 1955.324.

R. Mesa, « Sanction pénale et amende civile encourues pour un même fait non à "non bis in idem" », *GP.* 2015/290, p. 14.

S. Messai-Bahri,

-« Autorité de la concurrence : constitutionnalité de l'organisation et du pouvoir de sanction », *LPA* 2013/90, p. 9.

-« Faute séparable des fonctions du dirigeant et nullité de la société pour objet illicite », *Bull. Joly soc.* 2016/1, p. 28.

J. Mestre,

-« Des frontières de l'article 1152 (suite) », *RTD civ.* 1990.655.

-« L'existence d'un préjudice n'est pas une condition de mise en œuvre de la clause pénale », *RTD civ.* 1994.605.

-« Les critères de l'excès manifeste au sens de l'article 1152 du code civil », *RTD civ.* 1997.654.

-« À quel moment le juge doit-il se placer pour apprécier si la peine convenue est manifestement excessive ou dérisoire au sens de l'article 1152, alinéa 2, du code civil ? », *RTD civ.* 1999.97.

-« Le dol commis par un dirigeant dans l'exécution d'un contrat de la société ne constitue pas lui-même une faute détachable de ses fonctions, susceptible de provoquer sa responsabilité personnelle », *RTD civ.* 1999.99.

J. Mestre, B. Fages, « Tandis que la troisième chambre civile assure l'exécution forcée », *RTD civ.* 2005.596.

F. Miloudi, « L'impartialité des autorités de régulation bancaire remise en cause », *LPA* 2012/55, p. 3.

Y. Monnet, *GP* 2005/116, p. 15.

J.-M. Moulin,

-« Le cumul des poursuites et sanctions en matière d'abus de marché : fin de partie ? », *GP* 2015/128-132, p. 7.

-« Le paiement de l'astreinte prononcée contre la société absorbée incombe à la société absorbante », *GP* 2016/38, p. 78.

J. Mouly,

-« Le recours du commettant contre son préposé : où l'on voit que la compétence juridictionnelle peut préjudicier au fond du droit », *D.* 2008.1248

-« L'abandon de la théorie du dommage nécessaire : l'"exception" du licenciement sans cause réelle et sérieuse », *Droit soc.* 2017.1074.

J.-L. Mouralis, « Responsabilité alourdie et engagement unilatéral de l'organisateur d'une loterie publicitaire présentée dans des documents ambigus : est-ce l'heure du cauchemar pour les fabricants de rêves ? », *D.* 1996.180.

M.-L. Niboyet, « La présence des rapporteurs au délibéré du conseil de la concurrence est jugée contraire à l'article 6-1 de la convention EDH mais non le défaut de publicité des débats », *D.* 2000.9.

J. Normand, « Jurisprudence française en matière de droit judiciaire privé », *RTD civ.* 1986.170.

C. Nourissat, « La rupture brutale de la relation commerciale devant le juge élu : pour une stricte application de l'article 23 du règlement "Bruxelles I" », *A. J. contrat* 2017.139.

D. Ohl, « Sociétés à responsabilité limitée – Notion de faute séparable des fonctions justifiant la mise en cause personnelle d'un dirigeant par un tiers », *JCP G* 1998, II 10177.

Y. Paclot, « Refus de la Cour de cassation de transmettre au Conseil constitutionnel quatre questions prioritaires de constitutionnalité sur le pouvoir de sanction de l'AMF », *Rev. soc.* 2011.371.

P. Pailler, « Les sanctions administratives à l'épreuve des principes de légalité et de proportionnalité », *RDBF* 2017, comm. 225.

G. Paisant,

-*JCP G*, 1986, II 20661.

-*D.* 1987. 380.

B. Parance,

-« Une association de protection de l'environnement justifie d'un préjudice personnel direct en relation avec la violation des règles d'urbanisme », *JCP G* 2008, II 10020.

-« Action en justice des associations de protection de l'environnement, infraction environnementale et préjudice moral », *D.* 2011.2635.

R. Parizot, « La prescription de l'action publique en éclats », *D.* 2014.2498.

V. Peltier, « L'application du principe de personnalité des peines à l'amende civile », *Dr. pén.* 2014, comm. 49.

A. Penneau, « L'article L. 442-6, III, du Code de commerce en question », *D.* 2007.2630.

J.-B. Perrier,

-« Déséquilibre significatif : le droit "quasi pénal" de la concurrence conforme au principe de légalité », *AJ pénal* 2011.191.

-« La transaction pénale et l'erreur du Conseil constitutionnel », *D.* 2014.2503

-« L'association, le mandat de représentation et le juge pénal », *JCP G* 2015, 831.

-« La transaction pénale et les progrès du Conseil constitutionnel », *D.* 2016.2545.

-« La diffusion de la motivation des peines : de la Constitution aux contraventions », *AJ pénal* 2018.407.

R. Perrot,

-« Caractère accessoire de l'astreinte », *RTD civ.* 2000.899.

-« Astreinte : l'astreinte n'a lieu de courir que si l'obligation a force exécutoire », *RTD civ.* 2008.552.

-« Astreinte : liquidation d'une astreinte et réparation pour exécution tardive », *RTD civ.* 2009.575.

-« Absence de sursis à exécution », *Procédures* 2011, comm. 128.

B. Petit, Y. Reinhard, « Dirigeant. Responsabilité personnelle à l'égard des tiers, nécessité d'une faute séparable des fonctions », *RTD com.* 1998.623.

L.-E. Pettiti,

-« Indépendance et impartialité d'une cour martial », *RSC* 1997.889.

-« Procès équitable devant la Cour de cassation : communication du rapport et des conclusions de l'avocat général », *RSC* 1998.599.

Y. Picod,

-« Agissements parasites de l'ancien agent commercial utilisant la marque du concessionnaire », *D.* 1995.211.

-« Le déséquilibre significatif et le Conseil constitutionnel », *D.* 2011.415.

S. Piédelièvre, « Droit de la consommation et office du juge », *D.* 2009.908.

F. Pollaud-Dulian, « Étendue de la compétence exclusive du TGI en droit de la propriété intellectuelle », *RTD com.* 2018.681.

A. Ponseille, « La saisine d'office du juge de l'application des peines devant le Conseil constitutionnel », *Constitutions* 2018.94.

S. Porchy-Simon, « La portée de l'immunité civile du préposé à la lumière des recours entre assureurs », *D.* 2007.2908.

T. Potaszkin, « Affaire de l'ourse Cannelle : action civile et état de nécessité », *D.* 2010.484.

J. Pradel,

-« Liberté d'expression, liberté de publication et droit communautaire », *D.* 2001.515.

-« Une surprenante décision sur la prescription de l'action publique en cas de dissimulation des faits », *AJ pénal* 2014.30.

Ch. Radé, « Les limites de l'immunité civile du préposé (à propos de l'arrêt Costedoat) », *RCA*, 2000 chron. n° 22.

Lord Reid, in *Broome v. Cassell & Co Ltd* (1972), UKHL 3, AC 1027.

S. Reifegerste, « Sociétés commerciales (en général) – Critères de la faute séparable des fonctions déterminant la responsabilité personnelle des dirigeants sociaux à l'égard des tiers », *JCP G* 2003, II 10178.

Ph. Rémy, *RTD civ.* 1987. 781.

J.-F. Renucci, « L'interdiction faite aux journalistes de faire état des plaintes avec constitution de partie civile est contraire à la liberté d'information », *D.* 2001.1064.

A. Reygobellet, « L'auto-saisine validée en matière d'injonction de publication des comptes », *Rev. soc.* 2017.15.

S. Rials, note sous CE, ass. 10 juill. 1981, *Retail*, *Rev. adm.* 1981.496.

L. Richier, *AJDA* 1985.626.

J. Riffault, « Les garanties données à la défense dans les procédures administratives de sanction conduites par la Commission des opérations de bourse », *RSC* 1999.599.

D. Ritleng, « Le juge administratif applique les réserves à un traité international sans pouvoir en examiner la validité », *RTD eur.* 2019.537.

J.-H. Robert,

-« Abrogation judiciaire d'une loi », *Dr. pén.* 2001, comm. 91.

-« Le carcan aux lois », *Dr. pén.* 2001, 100006.

-« Ça va bouillir », *JCP E*, 2009, 1400.

-« Réparation d'une omission : le Conseil constitutionnel valide, par la bande, la transaction pénale instituée par la loi du 15 août 2014 », *Dr. pén.* 2014, comm. 140.

-« Plus de cumul entre les poursuites pour manquement et pour délit d'initié », *JCP G* 2015, 369.

-« Les articles L. 621-14 et L. 621-15 du code monétaire et financier ne sont pas contraire à la Constitution », *Rev. soc.* 2018.261.

-« Rupture définitive de l'unité entre les fautes civile et pénale d'imprudence », *JCP G* 2018, 830.

J.-C. Roda,

-« Vers une nouvelle définition de l'abus de dépendance économique », *D.* 2016.1304.

-« L'arbitre, le juge étatique et l'action du ministre », *D.* 2016.1910

R. Rodière, *JCP* 1962, II 12045.

D. Roets, « L'article 4 du Protocole n° 7 (*non bis in idem*) dopé par la Grande Chambre », *RSC* 2009.675.

B. Rolland,

-« De la responsabilité environnementale d'une société mère », *Rev. soc.* 2008.812.

-« Conversion d'une procédure de redressement en liquidation judiciaire : attention à l'application de la procédure de la saisine d'office ! », *JCP E* 2010, 1324.

- « Retour sur la saisine d'office en cas de conversion de procédure », *Procédures* 2015, comm. 131.

D. Roman, « “Droits humains et libertés fondamentales”, des notions “intelligibles” mais “imprécises” ? », *Rev. trav.* 2017.391.

N. Rontchevsky,

-« COB. Procédure de sanction administrative. Présomption d'innocence. Violation (oui) », *RTD com.* 1999.161.

-« La chambre criminelle de la Cour de cassation précise le critère de distinction entre la manipulation de cours et le soutien licite du cours d'une valeur », *RTD com.* 2009.409.

-« Les sanctions administratives prononcées par l'Autorité des marchés financiers peuvent-elles être garanties par une assurance “Responsabilité des dirigeants” ? », *RTD com.* 2012 813.

-« Les sanctions administratives de l'AMF pour manquement d'initié ne sont pas toujours de même nature que les sanctions pénales du délit d'initié », *RTD com.* 2016.151.

A. Rouast, note sous Crim., 23 nov. 1949, *D.* 1950.2.41.

G. Roujou de Boubée,

-« Le soit-transmis du procureur de la République interrompt la prescription », *RDI* 2009.298.

-« Des solutions classiques mais qu'il n'est pas inutile de rappeler », *RDI* 2016.86.

D. Rousseau, « La juridictionnalisation continue des AAI », *RLC* 2013/34, p. 89

M. Roussille, « En l'absence de saisine d'office, la procédure AMF ne peut être sérieusement contestée », *Rev. soc.* 2014.670.

J.-A. Roux, note sous Civ. 27 déc. 1892, *S.* 1893.1.393.

G. Royer,

-« Les délits de discrimination syndicale et de harcèlement moral violent des valeurs sociales distinctes », *AJ Pénal* 2007.179.

-« Invitation faite par la chambre de l'instruction au ministère public de prendre des réquisitions aux fins de prononcé d'une amende civile », *AJ pénal* 2011.423.

E. Du Rusquec, *GP* 2003/24, p. 24.

C. Saas, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.* 2017.961.

L. Saenko, « La prescription de l'action publique est-elle morte ? », *D.* 2014.2469.

B. Saintourens, « Responsabilité personnelle du dirigeant de société à l'égard des tiers : confirmation et interrogations jurisprudentielles », *Rev. soc.* 1998.767.

R. Salleilles, *D.* 1897.1.433.

R. Salomon,

-« Délit de manipulation de cours », *Dr. soc.* 2009, comm. 83.

-« Double sanction pénale et administrative d'une manipulation de cours : la France condamnée par la CEDH pour violation du principe *ne bis in idem* », *BJB* 2019/4, p. 10.

P. de Salvage-Gerest, « Tierce opposition des enfants de l'adoptant à l'adoption simple des majeures », *AJ fam.* 2019.404.

R. Savatier, *JCP* 1955, II 8765.

D. Schmidt, A.-V. Le Fur,

-« *Ne bis in idem* : et les PSI », *BJB* 2015/5, p. 193.

-« Infractions boursières et infractions fiscales : quel cumul répressif ? », *BJB* 2016/10, p. 397.

J. Sénéchal, « Prémices d'une construction jurisprudentielle du déséquilibre significatif entre partenaires commerciaux », *D.* 2010.1000.

Y. Serra, « L'action en concurrence déloyale suppose la preuve de l'étendue du préjudice », *D.* 1990.75.

D. Simon, « *Ne bis in idem* », *Europe* 2013, comm. 154.

M.-C. Sordino, « Spécificité de l'application du principe de personnalité des peines en matière économique », *D.* 2014.531.

O. Staes, « Prescription et pratiques restrictives de concurrence de l'article L. 442-6 du Code de commerce », *Revue de droit des transports*, comm. 170.

F. Stasiak,

-« Épilogue judiciaire de l'affaire *Oury* », *RSC* 2009.117.

-« QPC et nécessité des peines », *RSC* 2011.124.

-« Une conception du juge pénal français difficilement conciliable avec elle de la Cour européenne des droits de l'homme (2/2) », *RSC* 2014.110.

-« Cumul de poursuites pénales et administratives », *RSC* 2015.374.

-« Cumul de poursuites : le Conseil constitutionnel n'aurait pas dû statuer deux fois sur les mêmes faits... », *RSC* 2016.293.

-« Cumul répressif et diffusion d'informations fausses ou trompeuses », *RSC* 2017.536.

-« Démêlage de "nœuds" *bis in idem* ? », *RSC* 2019.383.

Y. Stricler, « Degré d'exigence de la motivation des décisions condamnant à amende civile », *Procédures* 2016, comm. 85.

F. Sudre, « Principe non bis in idem et Convention EDH : la décision en trompe l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G* 2015, 368.

J. Théron, « La constitutionnalité des pouvoirs exercés d'office par le tribunal au sein d'une instance », *GP* 2014/252, p. 21.

Ph. Théry,

-« Contentieux de la concurrence et procédure civile », *RTD civ.* 2011.383.

-« Inconstitutionnalité de la saisine d'office du tribunal de commerce : variations sur la nature des procédures collectives », *RTD civ.* 2013.889.

-« Abus du droit d'agir en justice », *RTD civ.* 2014.942.

-« Variations procédurales autour de l'article L. 442-6 du code de commerce », *RTD civ.* 2016.921.

-« Apparence : 1 - vérité : 0 - observations sur la loyauté dans la recherche des preuves », *RTD civ.* 2017.719.

O. Tournafond, « En cas de retard dans la délivrance de l'immeuble les acquéreurs ont droit, même s'ils n'en ont pas éprouvé de préjudice, au montant des indemnités qui leur ont été promises dans le contrat au titre de la clause pénale », *RDI* 2007.351.

G. Turpin, « Contentieux du travail – La fin de la présomption de préjudice ? », *JCP S* 2016, 1213.

L. Usunier, « Clause attributive de juridiction et comportements anticoncurrentiels : la Cour de justice corrige le tir », *RTD civ.* 2019.289.

- R. Vabres**, « Instruments financiers à terme », *Dr. soc.* 2016, comm. 33.
- J.-L. Vallens**, « La saisine d'office ne garantit pas l'impartialité du tribunal », *D.* 2013.338.
- G. Vignerot**, « Droits de la défense », *Loyers et Copropriété* 2007, comm. 207.
- A. Vincent**, « Violation d'une règle d'urbanisme et préjudice personnel direct d'une association », *D.* 2007.2535.
- G. Viney**, « La responsabilité personnelle d'un préposé ne peut être recherchée s'il n'a pas outrepassé les limites de sa mission », *D.* 1994.124.
- L. Vogel**, « En prouvant la faute, on prouve le préjudice », *CCC* 1993/3, comm. 49.
- B. Waltz-Teracol**, « Amende civile en matière de meuble touristique : illustration d'une difficile articulation entre les dispositions civilistes et une sanction de nature punitive », *GP* 2018/34, p. 23.
- V. Wester-Ouisse**, « Critique d'une notion imprécise : la faute du dirigeant séparable de ses fonctions », *D. aff.* 1999.782.
- F. Winckelmuller**, « Blessures involontaires et responsabilité pénale d'une personne morale », *Dalloz actualité*, 29 avr. 2014.

AUTRES

- J. Bentham**, *Anarchical Fallacies, Works*, vol. II, Browning.
- « Limitation à 80 Km/h. Les automobilistes largement opposés à la mesure », *Ouest-France*, 10 avr. 2018, <https://www.ouest-france.fr/societe/securite-routiere/limitation-80-km/h-les-automobilistes-largement-opposes-la-mesure-5685757>.
- « À Marseille, des braconniers condamnés à payer 385 000 euros pour préjudice écologique », *Le Monde*, 6 mars 2020, https://www.lemonde.fr/planete/article/2020/03/06/a-marseille-des-braconniers-condamnes-a-payer-385-000-euros-pour-prejudice-ecologique_6032058_3244.html.
- A. Pouchard, S. Laurent**, « Pourquoi Sarkozy a remboursé à l'UMP les pénalités de sa campagne », *Le Monde*, 3 déc. 2014.
- Restatement of the Law, second Restatement of Torts*, 1979 (Mise à jour mars 2018), Thomson Reuters, 2018.
- M.-A. Serf**, dite Barbara, « Dis, quand reviendras-tu ? ».
- J.-J. Urvoas**, *Présentation du projet de réforme du droit de la responsabilité civile*, Discours prononcé le lundi 13 mars 2017 à l'Académie des Sciences morales et politiques.

Index

Les numéros indiqués correspondent aux numéros de paragraphe.

- A -

Abandon de famille : 166.

Absence de discernement : 372, 784, 785, 786.

Abus de droit : 152, 153.

Action :

- abusive : 38, 152.
- de groupe : 464 et s..
- dilatoire : 151.
- en défense d'intérêts collectifs : 452 et s..
- en défense de l'intérêt général : 13, **715**.
- fin de non-recevoir : voir *fin de non-recevoir*.

Action publique :

- déclenchement : 191.

Amende :

- administrative : 88 et s..
- civile : voir *amende civile*.
- définition : 24.

Amende civile :

- assurabilité : voir *assurance*.
- attribution : 85 et s..
- caractère non-indemnitaire : 47, 118 et s..
- compétence : voir *juge compétent*.
- définition : 81.
- manifestations : 35 et s..
- prescription : voir *prescription*.
- recouvrement : voir *recouvrement*.

Argent : 3 et s., 408, 409.

Assurance :

- amende civile (interdiction d'assurer) : 824, 825, **826**.
- découvert obligatoire : 386.
- effet déresponsabilisant : 379, 380.
- franchise : 388
- infraction pénale (interdiction d'assurer) : 826.
- plafond de garantie : 387.
- responsabilité civile : 377, 378.

Astreinte :

- bénéficiaire : voir *attribution du produit de la sanction*.
- compétence : voir *juge compétent*.
- généralités : 291.
- peine privée : 294 et s..
- pénale : 292.
- principes directeurs du droit pénal : 541.
- recouvrement : voir *recouvrement*.
- responsabilité civile : 327.

Attribution du produit de la sanction :

- amende civile et dommages et intérêts punitifs : 84 et s..
- astreinte : 182.
- généralités : 413.

Autorisation de la loi et commandement de l'autorité légitime : 791.

Autorité parentale : 538, 671, 768, 772.

- B -

Bénéfice illicite : voir *faute lucrative*.

- C -

Casier judiciaire : 141.

Causes d'irresponsabilité :

- objective en matière de sanction pécuniaire civile : 781, 782, 793.
- objective en droit pénal : 791.
- subjective : voir *absence de discernement*.

Cessation de l'illicite : 12, 358, 422.

Clause pénale :

- caractère punitif : 300 et s..
- compétence : voir *juge compétent*.
- généralités : 299.
- origine de la norme sanctionnée : 307.
- origine de la sanction : 306.
- principes directeurs du droit pénal : 541.
- recouvrement : voir *recouvrement*.

Commandement de l'autorité légitime : 791.

Compétence : voir *juge compétent*.

Complicité : 790.

Consentement de la victime à l'infraction pénale : 192.

Constitution de partie civile :

- abusive ou dilatoire : 77.
- déclenchement de l'action publique : 191, 359.
- dénonciation calomnieuse : 666.

Contra non valentem agere : 746.

Contrefaçon : 287, 564, 814.

- D -

Date de cessation des paiements : 834.

Déchéance : 224, 227, 228, 244, 434.

Découvert obligatoire : voir *assurance*.

Déductibilité fiscale :

- amende civile : 823.
- dommages et intérêts : 4, 369.
- sanctions pénales : 4.

Demande et inscription en faux : 28, 693, 770, 772.

Délit privé : 7, 8, 186, 191. s

Dément : voir *absence de discernement*.

Discernement : voir *absence de discernement*.

Disciplinaire : voir *sanction*.

Domage :

- condition de la responsabilité civile : 364 et s..
- distinction avec le préjudice : 321.
- écologique pur : voir *préjudice écologique pur*.
- nécessité : 120, 209, 280.

Dommages et intérêts :

- expression : 253.
- évaluation : voir *réparation intégrale*.
- punitifs : voir *dommages et intérêts punitifs*.

Dommages et intérêts punitifs :

- compétence : voir *juge compétent*.
- demande : 712 et s.
- États-Unis : 267 et s..
- exequatur : 286.
- notion : 252.
- officiels : 287.
- officieux : voir *peine privée*.
- prescription : voir *prescription*.
- projets : 278 et s..
- Québec : 266.
- recouvrement : voir *recouvrement*.
- Royaume-Uni : 255 et s..

Droits de la défense : 795 et s..

Droit pénal sanctionnateur : 11, 168.

- E -

Enfant :

- faute : voir *faute*.
- représentation : 786.
- responsabilité des parents : voir *responsabilité du fait d'autrui*.
- sanction : voir *absence de discernement*.

État de nécessité : 783, 792.

Exequatur : voir *dommages et intérêts punitifs*.

- F -

Faute :

- civile : 155 et s., 766.
- de la victime : 215.
- déclin : 373.
- du préposé : 226, 227.
- *infans* : 372.
- intentionnelle : 226, 227, 284, 380, 397, 576, 775, 776.
- lourde : 225, 227, 576.
- lucrative : 67, 86, 279, 464, **478 et s.**, 617.
- objective : 372.
- pénale : 155 et s..
- qualifiée : 223 et s., 397, 759, 775.
- unité des fautes civiles et pénales : 155.

Fin de non-recevoir : 684.

Force majeure : 782 et s..

Franchise : voir *assurance*.

- G -

Gravité : voir *faute (qualifiée)*.

- H -

Histoire : 6 et s., 35 et s..

- I -

Impartialité : voir *juge*.

Imprudence : 153.

Imputabilité : 784 et s..

Imputation : 788 et s..

Indépendance : voir *juge*.

Indignité successorale : 434.

Infraction :

- d'intérêt général : 191.
- d'origine ou de conséquence : 770.
- de commission ou d'omission : 766 et s..
- continue ou instantanée : 772.
- formelles, matérielles et obstacles : 774.
- simple, complexe ou d'habitude : 771.

Interdiction d'assurer : voir *assurance*.

Intérêt collectif : 454, 455.

Intérêt général : 1, 13, 85, 101, **171, 185 et s.**, 314, 322, 328, 455, 503, 715.

Interprétation stricte : voir *principe*.

- J -

Juge :

- compétence : voir *juge compétent*.
- de l'exécution : 719.
- des tutelles : 695, 696, 706, 721, 767.
- indépendance : 360, 726.
- impartialité : 144, 360, 689, 701, 704, 726 et s..
- spécialisation : 355.

Juge compétent :

- amende civile (compétence matérielle) : 74, 75, 77, 721 et s..
- amende civile (compétence territoriale) : 723.
- astreinte : 719.
- clause pénale : 719.

- dommages et intérêts punitifs : 720.

- L -

Légalité : voir *principe*.

Légitime défense : 791.

Lien de causalité : 42, 212, 364, 774, 782.

Loteries publicitaires : 493.

- M -

Matière pénale :

- critères : 527, 528, 529, 530.

- domaine : 525.

- notion : 522, 523.

- Union européenne : 531, 532.

Mesure de sûreté : 552, 562.

Mineur :

- représentation : 786.

- voir *absence de discernement*.

- voir *faute (infans)*.

- voir *responsabilité du fait d'autrui*.

- N -

Ne bis in idem : voir *principe*.

Nullité : 12, 13, 207, 218, 219, 345, 406, 834.

Nullum crimen sine lege : voir *principe*.

- O -

Objectivation : voir *faute*.

Officier d'état civil : 36, 46, 75, 767, 772.

Ordre public : 97, 145, 148, 162, 192, 308, 377, 487, 541, 561, 715, 753, 797, 817, 826.

Ordre public international : 286.

- P -

Peine :

- caractères : 136.

- encourue : voir *principe (de proportionnalité)*.

- définition en droit interne : 134.

- motivation du montant : 819.

- personnalisation : 814 et s..

- privative de liberté : 62, 352, 419, 529, 552, 570, 581, 582, 585, 623, 643, 663, 829, 830.

- prononcée : voir *principe (de proportionnalité)*.

Peine privée :

- conceptions : 199 et s..

- critères : 180 et s., **197**, 231, 232, 236, 238, 240.

- manifestations et régime :

- voir *astreinte*.

- voir *clause pénale*.

- voir *dommages et intérêts punitifs*.

- nature : 310 et s..

- non-pécuniaire : 434

- officieuse : 1, 13, 123, 130, 214, 322, 367, 368, 389, 461, 543, 762.

Plafond de garantie : voir *assurance*.

Pratiques restrictives de concurrence : 21, 69, 106, 336, 427, 449, 534, 615, 710, 723, 725, 741, 788, 817.

Préjudice :

- anxiété : 219.

- écologique pur : 116.

- moral : 216, 257, 268, 284, 287, 321, 369, 460, 564, 697.

- nécessaire : 321.

Prescription :

- des peines : 832 et s..

- des poursuites : 730 et s..

Principe :

- d'interprétation stricte : 342, 482, **604 et s.**, 769, 830.
- de légalité : 93, 125, 161, 328, 342, 357, 489, 511, 557, 564, 574, 576, 581, 588, **593 et s.**, 766, 780.
- de nécessité de la peine encourue : 631 et s..
- de non-rétroactivité : 548, 589, **601 et s.**
- de proportionnalité de la peine encourue : 641.
- de proportionnalité de la peine prononcée (et *ne bis in idem*) : 654 et s..
- du contradictoire : 694, 703, 726, 797, 798.

- R -

Recel de communauté ou de succession : voir *déchéance*.

Recouvrement de la sanction :

- amende : 829.
- amende civile : 830, 831.
- peine privée : 828.

Réparation intégrale : 13, 68, 123, 177, 212, 241, 253, **366**, 367, 680.

Responsabilité civile :

- amende civile ; 106 et s..
- peines privées : 310 et s..

Restitution intégrale : 495, 505.

Résultat : 774.

Rétroactivité in mitius : 630.

- S -

Sanction :

- ayant le caractère d'une punition : 548.
- notion : 2.
- pécuniaire (spécificités) : 5, **402 et s.**

- T -

Tentative : 120, 239, 364, 615, 712, 714, 737, 774.

- V -

Victime :

- voir *attribution du produit de la sanction*.
- voir *faute*.

- W -

Wergeld : 8.

Table des matières

Introduction	11
Première partie : La cohérence des sanctions pécuniaires civiles.	34
Titre I : La cohérence notionnelle des sanctions pécuniaires civiles.	37
Chapitre I : Le caractère artificiel du rattachement au droit civil des sanctions pécuniaires civiles publiques : étude de l’amende civile.....	39
Section I : La notion d’amende civile.....	39
§I – La typologie des amendes civiles.	45
A – L’apparition et le développement de l’amende civile.....	46
1 – La détermination des amendes présentant historiquement un caractère civil.	47
a – Les amendes généralement qualifiées de civiles.	47
i – Les amendes édictées par le Code civil.....	48
ii – Les amendes édictées par le Code de procédure civile.....	50
b – Les amendes présentant une nature incertaine.	53
2 – La présentation des différentes analyses doctrinales.	57
a – Les désaccords quant à la nature de l’amende civile.	58
b – Les difficultés d’identification des critères de l’amende civile.	63
B – Les manifestations contemporaines de l’amende civile.....	65
1 – Une proposition de méthode d’identification des amendes civiles.....	66
2 – La typologie actuelle des amendes civiles.	70
a – Les manifestations classiques des amendes civiles.....	71
b – Les manifestations modernes des amendes civiles.	74
§II – Un essai de définition de l’amende civile.	78
A – La définition de l’amende civile.....	78
B – La distinction de l’amende civile de notions voisines.	86
1 – L’amende civile et les dommages et intérêts punitifs.	87
a – L’attribution du produit de la sanction à un tiers distinct du Trésor.	88
b – L’attribution duale du produit de la sanction.	89
2 – L’amende civile et l’amende administrative.	91
Section II – La nature de l’amende civile.	107
§I – L’analyse des caractéristiques de l’amende civile.	111
A – L’amende civile et l’indemnisation.	112
1 – L’amende civile et l’indemnisation des préjudices collectifs.	112
2 – Le refus de l’attribution aux amendes civiles de caractéristiques indemnitaires.	116

a – Une sanction nécessitant apparemment la survenance d'un dommage.	116
b – L'absence de nécessité d'un dommage.	117
B – Les caractères et les fonctions de l'amende civile.	118
1 – Le rattachement de l'amende civile à certaines fonctions de la responsabilité civile.	118
a – La dimension punitive de la responsabilité civile.	119
b – Les éléments de distinction entre l'amende civile et la sanction pénale.	121
2 – L'ambiguïté des caractères de l'amende civile.	123
a – Les insuffisances du rattachement de l'amende civile aux fonctions de la responsabilité civile.	123
b – L'amende civile et la peine.	127
i – Les caractéristiques de la peine.	127
ii – Les amendes civiles et les sanctions disciplinaires.	134
§II – L'analyse des conditions du prononcé de l'amende civile.	137
A – La répression de comportements d'une gravité similaire à l'infraction pénale.	138
1 – L'hypothèse de la neutralité morale de l'amende civile.	138
2 – Une gravité similaire de l'amende civile à certaines sanctions pénales.	140
B – La nature de la faute sanctionnée.	148
1 – La sanction punitive d'une faute civile.	148
2 – Les insuffisances de l'explication.	153
a – L'amende civile ne peut pas être la sanction d'une norme indéterminée.	153
b – La vacuité de la recherche du caractère de la norme sanctionnée.	154
C – La protection d'un intérêt public.	160
Chapitre II : La disparité des peines pécuniaires privées.	164
Section I – La notion de peine pécuniaire privée.	165
§I – La peine privée et la sanction pénale.	167
A – Les critères discutés.	167
1 – L'incertitude entourant le critère de l'attributaire.	168
2 – Le refus du critère de l'intérêt protégé.	170
B – Les critères retenus.	177
§II – La peine privée et les autres sanctions civiles.	178
A – La conception mixte ou la conception unitaire des peines privées.	178
1 – L'opposition des conceptions mixte et unitaire.	178
a – La présentation de la conception classique de la peine privée.	179
b – Les difficultés d'une conception renouvelée.	179
2 – Des solutions nuancées.	189
a – Une analyse erronée de la responsabilité pour faute.	190
b – Les manifestations jurisprudentielles de peines privées indemnitaires.	192
c - Des manifestations légales incertaines.	194
i – Les incertitudes quant à l'existence d'une fonction indemnitaire nécessaire.	195
ii – Les incertitudes affectant la qualification de peine pécuniaire privée.	198

B – Les critères de distinction entre réparation et peine privée.	204
Section II – L’influence des spécificités de la peine pécuniaire privée sur la nature de la sanction. ...	213
§I – Les caractères des peines pécuniaires privées consacrées.	215
A – Les peines pécuniaires civiles instaurées légalement.	215
1 – L’analyse des dommages et intérêts punitifs existants en droit comparé.....	218
a – Les origines anglaises du mécanisme.	218
b – La réception des dommages et intérêts punitifs par un système de droit écrit, l’exemple québécois.	224
c – L’admission large des dommages et intérêts punitifs aux États-Unis.	225
2 – Les pistes de réception des dommages et intérêts punitifs en droit français.	234
a – Un engouement variable pour les dommages et intérêts punitifs à travers les projets de révision du droit de la responsabilité civile.	235
b – Une consécration non réalisée.	241
B – Les peines pécuniaires privées présentant une source particulière.	244
1 – L’astreinte judiciaire.	245
a – La présentation générale de l’astreinte.	245
b – La qualification de peine privée de l’astreinte.	247
c – La spécificité de la norme sanctionnée par l’astreinte civile.	250
2 – Les peines pécuniaires privées d’origine contractuelle.	252
a – Une nature punitive incertaine.	253
b – Une peine privée particulière.	259
§II – Un caractère civil variable.....	262
A – La peine pécuniaire privée considérée en elle-même.	263
1 – L’attribution spécifique du produit de la sanction.	264
2 – Le caractère des peines privées indemnitaires.....	267
B – Les spécificités engendrées par l’origine des peines.	272
1 – La spécificité de la sanction d’origine contractuelle.....	272
2 – La spécificité de la sanction d’origine judiciaire.	274
Titre II : La cohérence du recours aux sanctions pécuniaires civiles.	279
Chapitre I – L’insuffisance des sanctions existantes.....	281
Section I – Les insuffisances de la répression pénale.	282
§I – Des sanctions envisagées comme alternative à une pénalisation illégitime.	284
A – Un recours injustifié au droit pénal.	284
B – Une alternative partiellement satisfaisante.	289
§II – Des sanctions envisagées comme alternative à une pénalisation inefficace.	292
A – Un recours déraisonné aux sanctions pénales.	293
B – L’inadaptation des sanctions pénales.	295
1 – Les raisons de l’inefficacité.....	296
2 – Le choix de la sanction civile par rapport à la sanction administrative.	300
Section II – L’insuffisance normative de la responsabilité civile.	302

§I – Les modalités de mise en œuvre de la responsabilité civile.	302
A – Les limites tenant au dommage.	303
1 – Le dommage, condition de la responsabilité civile.	303
2 – Le dommage, critère d'évaluation des dommages et intérêts.	304
B – La multiplication des faits générateurs.	307
§II – Le déclin de la responsabilité civile individuelle.	311
A – L'assurance de responsabilité.	311
1 – La neutralisation des conséquences de la responsabilité.	312
2 – Des mécanismes de responsabilisation limités.	315
a – L'insuffisance des mécanismes existants.	315
b – Des solutions prospectives adaptées.	319
B – La personnalité morale.	320
Chapitre II – Des alternatives limitées.	329
Section I – La pertinence des sanctions pécuniaires.	330
§I – L'intérêt des sanctions pécuniaires.	330
A – Une catégorie de sanction aux multiples avantages.	330
1 – La généralité des sanctions pécuniaires.	331
a – La neutralité de la sanction par rapport à la norme sanctionnée.	331
b – La généralité des personnes impliquées dans le processus de sanction.	334
2 – L'intérêt de la sanction pécuniaire pour les parties concernées par la sanction.	335
a – Les avantages du point de vue du bénéficiaire.	335
b – Les avantages du point de vue de la personne sanctionnée.	338
B – Une catégorie de sanctions présentant des limites relatives.	340
1 – Les limites aux fonctions des sanctions pécuniaires.	340
2 – Les faiblesses structurelles des sanctions pécuniaires dans la poursuite d'une fonction punitives.	342
a – L'écran de la personnalité morale.	342
b – La répercussion du coût des sanctions.	350
§II – Les limites des sanctions non-pécuniaires.	351
A – Les sanctions juridiques non-pécuniaires.	352
1 – Les sanctions civiles.	352
2 – Les sanctions administratives.	354
B – Les sanctions économiques non-pécuniaires.	356
1 – L'étude de la notion de compliance.	357
2 – L'efficacité de la compliance.	358
Section II – Les limites des aménagements de la responsabilité civile.	361
§I – La collectivisation de l'action en responsabilité civile.	361
A – Les actions en défense d'un intérêt collectif.	363
1 – Le développement des actions en défense d'un intérêt collectif.	363
2 – La finalité répressive des actions en défense d'un intérêt collectif.	366

B – Les actions en défense d’une somme d’intérêts individuels.....	370
1 – L’admission progressive des actions de groupe.....	372
2 – Des finalités incertaines.	376
§II – La possible création d’une action en suppression du profit.....	382
A – Les limites des sanctions existantes dans l’appréhension du profit.	384
1 – Les limites des sanctions pénales.	385
2 – Les limites des quasi-contrats.....	391
B – La légitimité d’une action en suppression du profit.	396
1 – Les caractéristiques des actions en suppression des profits.....	396
a – Les conditions des mesures de privation des profits.	397
b – Les effets des mesures de privation des profits.	406
2 – L’appréciation des mécanismes restitutifs.	408

Deuxième partie : Le régime des sanctions pécuniaires civiles..... 417

Titre I – L’encadrement supralégislatif des sanctions pécuniaires civiles. 417

Chapitre I – Les principes directeurs du droit pénal et les sanctions pécuniaires civiles.	418
Section I – L’application des principes directeurs du droit pénal.	419
§I – Les règles supralégislatives d’origine européenne.....	420
A – La « matière pénale ».	420
1 – L’émergence de la notion de « matière pénale ».	420
2 – Les critères de la « matière pénale ».	421
a – Les critères dégagés par la Cour européenne des droits de l’homme.	422
b – La transposition à la Charte des droits fondamentaux de l’Union européenne.	425
B – L’application aux sanctions pécuniaires civiles.	427
1 – L’application aux amendes civiles.	428
2 – L’application aux peines pécuniaires privées.....	433
§II – Les règles supralégislatives constitutionnelles.....	437
A – Les sanctions ayant le caractère d’une punition.....	438
1 – La notion de sanction ayant le caractère d’une punition.	438
2 – Une notion aux contours incertains.	439
a – Des critères objet de consensus.....	440
b – Des critères débattus.	443
B – L’application aux sanctions pécuniaires civiles.	445
1 – La jurisprudence constitutionnelle en matière d’amendes civiles.....	445
2 – Une qualification constitutionnelle des peines pécuniaires privées en partie incertaine. ...	450
Section II – La mesure de l’application des principes directeurs du droit pénal.	453
§I – L’existence d’une atténuation des principes directeurs du droit pénal.	453
A – Les manifestations jurisprudentielles de l’atténuation.	453
1 – La position des organes supralégislatifs.	454
2 – La concurrence des principes supralégislatifs.	456

B – La réception doctrinale de l’atténuation.	458
1 – L’extension aux sanctions pécuniaires civiles.	458
2 – Les manifestations de l’extension à travers les projets doctrinaux de réforme.	459
§II – L’importance de l’atténuation.	460
A – Le domaine de l’atténuation.	461
1 – Les éléments d’atténuation expressément pris en compte.	461
a – Une justification originellement formaliste.	461
b – L’évolution matérielle de la justification.	463
2 – Une atténuation liée à la personne réprimée.	466
B – La mesure de l’atténuation.	467
Chapitre II – La mise en œuvre des principes limitant le recours aux sanctions pécuniaires civiles.	470
Section I – Les conséquences du principe de légalité appliqué aux sanctions pécuniaires civiles.	471
§I – Les implications du principe de légalité.	471
A – Le principe de légalité en lui-même.	472
1 – Le respect formel de la légalité.	472
2 – Le respect matériel de la légalité, exigence de précision et de clarté de la norme pénale.	474
B – Les corollaires du principe de légalité.	477
1 – La non-rétroactivité des sanctions pécuniaires civiles.	477
2 – L’interprétation stricte des textes instaurant des sanctions pécuniaires civiles.	480
§II – L’application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles.	482
A – Une application certaine.	483
B – Les modalités de l’application du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles.	483
1 – La mesure de l’application du principe de légalité.	484
a – L’atténuation du principe de légalité hors du droit pénal.	484
b – Une application contrastée du principe de légalité aux sanctions pécuniaires civiles.	487
2 – La compétence pour adopter une sanction pécuniaire civile.	496
Section II – Les conséquences du principe de proportionnalité appliqué aux sanctions pécuniaires civiles.	502
§I – Une application marginale du principe de nécessité des incriminations.	505
A – Une application variable en droit pénal.	505
B – Une application incertaine aux sanctions pécuniaires civiles.	511
§II – Une application contrastée du principe de proportionnalité des peines aux sanctions pécuniaires civiles.	514
A – Le principe de proportionnalité des peines et les sanctions théoriques.	514
1 – La diversité des fondements du principe de proportionnalité des peines.	515
2 – L’atténuation du principe de proportionnalité appliqué hors du droit pénal au sens strict.	519
a – Le recul du principe hors du droit pénal : le cas des amendes administratives.	520
b – Un respect variable du principe de proportionnalité de la sanction théorique en matière de sanctions pécuniaires civiles.	522

B – Le principe de proportionnalité des peines et les sanctions appliquées : sanctions pécuniaires civiles et ne bis in idem.....	528
1 – Des applications divergentes du principe ne bis in idem.....	530
2 – Une conciliation imparfaite de la jurisprudence française et des jurisprudences européennes.	538
a – Le chassé-croisé des jurisprudences constitutionnelle et européenne	539
b – Une conclusion incertaine quant aux sanctions pécuniaires civiles.	548
Titre II – Le régime général des sanctions pécuniaires civiles.	559
Chapitre I – L’introduction de l’action conduisant au prononcé des sanctions pécuniaires civiles.	562
Section I – Les acteurs de l’instance tendant au prononcé d’une sanction pécuniaire civile.	563
§I – Le déclenchement de la procédure.	563
A – L’inadmissibilité de la saisine d’office en matière de sanctions pécuniaires civiles.....	563
1 – Des pouvoirs d’auto-saisine incertains en matière de sanctions pécuniaires civiles existantes.	565
a – L’amende civile et le pouvoir d’office du juge.	565
b – Les peines pécuniaires privées et le pouvoir d’office du juge.	571
2 – Les perspectives d’évolution de l’auto-saisine en matière de sanctions pécuniaires civiles.	573
a – La limitation constitutionnelle des facultés d’auto-saisine.....	573
b – La limitation conventionnelle des facultés d’auto-saisine.....	576
B – L’initiative du prononcé des sanctions pécuniaires civiles.	578
1 – La compétence de principe attribuée aux autorités publiques en matière d’amende civile.	579
2 – La compétence de principe attribuée aux victimes en matière de peine pécuniaire privée.	583
§II – Le juge prononçant la sanction.	587
A – L’identification de la juridiction compétente.	587
1 – Des incertitudes limitées concernant la compétence matérielle.	588
a – Une identification aisée en matière de peines pécuniaires privées.	588
b – Une clarification marginale en matière d’amende civile.	589
2 – Des difficultés ponctuelles en matière de compétence territoriale.	590
B – Les qualités nécessaires de la juridiction.	593
Section II – Le temps de la demande.	596
§I – Le point de départ et la durée de la prescription de la sanction pécuniaire civile.	597
A – Le délai théorique de prescription.	597
1 – L’alignement du délai de prescription des peines pécuniaires privées sur le droit de la responsabilité civile.....	597
2 – Un aménagement nécessaire en matière d’amendes civiles.	602
B – Les causes de perturbation du cours de la prescription.....	606
1 – La suspension de la prescription en matière de sanction pécuniaire civile.	607

2 – L’interruption de la prescription en matière de sanction pécuniaire civile.	611
§II – Les effets de la prescription de la sanction pécuniaire civile.	613
Chapitre II – L’application des sanctions pécuniaires civiles.	615
Section I – La déclaration de culpabilité.	615
§I – Les conditions de l’application des sanctions pécuniaires civiles.	615
A – Les éléments constitutifs du comportement réprimé.	616
1 – Le comportement réprimé.	617
a – La nécessité d’un comportement donnant lieu au prononcé d’une sanction pécuniaire civile.	617
i – La nécessité d’un comportement correspondant à une définition textuelle.	618
ii – La classification des comportements.	618
b – Une absence globale de nécessité d’un résultat.	630
2 – L’état d’esprit nécessaire à la condamnation à une sanction pécuniaire civile.	631
B – Les éléments extérieurs au comportement réprimé.	634
1 – Les sanctions pécuniaires civiles et l’imputation du comportement.	635
a – L’imputabilité du comportement.	635
i – La répression écartée du fait de contraintes extérieures.	636
ii – La répression écartée du fait de l’inaptitude de l’agent à comprendre ou contrôler ses actes.	638
b – L’imputation du comportement au sens strict.	641
2 – Les sanctions pécuniaires civiles et la justification du comportement.	645
§II – Le constat des éléments entraînant le prononcé de sanctions pécuniaires civiles.	649
A – Les règles garantissant le respect des droits de la défense.	650
1 – Les règles générales garantissant le respect des droits de la défense.	650
a – Le respect du contradictoire.	652
b – La motivation de la déclaration de culpabilité.	654
2 – Les recours contre la décision de condamnation.	655
B – La preuve des éléments constitutifs.	660
1 – Les sanctions pécuniaires civiles et la présomption d’innocence.	661
2 – Les sanctions pécuniaires civiles et la loyauté de la preuve.	663
Section II – Les conséquences de la culpabilité.	665
§I – La détermination de la sanction.	666
A – Les critères d’adaptation de la sanction.	667
B – La motivation de la sanction.	671
§II – Les modalités d’exécution de la sanction.	673
A – L’assurabilité des peines et les sanctions pécuniaires civiles.	673
B – Le recouvrement des sanctions pécuniaires civiles.	676
1 – Les voies de recouvrement de la sanction.	677
2 – Les difficultés temporelles et les sanctions pécuniaires civiles.	679
a – La prescription des sanctions pécuniaires civiles.	680

b – Les sanctions pécuniaires civiles et le droit des entreprises en difficulté.....	681
Conclusion.....	687
Bibliographie.....	698
Traité, manuels et ouvrages généraux.....	699
Ouvrages spéciaux : thèses, mémoires, monographies.....	701
Dictionnaires, encyclopédies et répertoires.....	706
Travaux collectifs, rapports, colloques.....	709
Articles et chroniques.....	717
Jurisprudences, décisions et arrêts.....	731
Jurisprudences supralégislatives.....	731
Conseil constitutionnel.....	731
Cour européenne des droits de l’homme.....	732
Cour de justice de l’Union européenne ou des Communautés européennes.....	733
Jurisprudences judiciaires et administratives.....	734
Jurisprudences administratives.....	734
Conseil d’État.....	734
Cours administratives d’appel.....	734
Jurisprudences judiciaires.....	734
Cour de cassation.....	734
Assemblée plénière.....	734
Chambres mixtes.....	734
Chambres civiles.....	734
Chambre commerciale.....	737
Chambre criminelle.....	738
Chambre sociale.....	739
Cours d’appel.....	740
Juridictions de première instance.....	741
Principales jurisprudences étrangères.....	741
Canada.....	741
États-Unis.....	741
Royaume-Uni.....	742
Note de jurisprudence, observations, conclusions.....	742
Autres.....	755
Index.....	757

Résumé :

Les sanctions pécuniaires civiles, en dépit de caractéristiques communes, soulèvent des difficultés variables selon la catégorie de sanction considérée. Les astreintes et les clauses pénales, bien qu'elles ne s'insèrent pas aisément au sein des catégories juridiques traditionnelles, bénéficient d'un ancrage solide dans le système juridique français et n'aboutissent pas, en raison de leur champ d'intervention nécessairement limité, à une remise en cause de la cohérence d'ensemble de ce système. À l'inverse, les amendes civiles, en droit positif, et les dommages et intérêts punitifs, en droit prospectif, mettent à mal les fonctions et la cohérence du droit civil, et en particulier de la responsabilité civile. Il apparaît que le rattachement de ces sanctions à la branche civile de la responsabilité est largement artificiel, ce qui s'explique par les objectifs pratiques de leur développement. De ce point de vue, le recours aux amendes civiles ou aux dommages et intérêts punitifs s'est révélé nécessaire en raison des insuffisances des autres sanctions dissuasives et répressives ainsi qu'en raison de l'inadéquation des principales alternatives envisageables.

Les mérites pratiques des sanctions pécuniaires civiles ne doivent toutefois pas être exagérés. La soumission d'une part importante de ces sanctions aux principes directeurs du droit pénal, que ce soit en application de règles européennes ou constitutionnelles, conduit en effet à encadrer leur recours. En particulier, les principes de légalité et de proportionnalité des délits et des peines retirent à ces sanctions une part non négligeable de la souplesse que leur accorde certains écrits qui leur sont consacrés.

Par ailleurs, l'étude du régime général des amendes civiles et des dommages et intérêts punitifs a été en partie délaissée. Il apparaît, de ce point de vue, que si un régime commun peut émerger sous un angle substantiel, d'un point de vue procédural, au stade de l'exercice de l'action ou du recouvrement, les caractéristiques spécifiques à chacune des sanctions étudiées interdisent de procéder à une approche commune. Ces différences, tant en ce qui concerne la cohérence que l'efficacité des sanctions étudiées, paraissent alors amener à préférer les amendes civiles aux dommages et intérêts punitifs.

Mots-clés : Amende civile – Astreinte – Clause pénale – Dommages et intérêts punitifs – Sanction – Responsabilité civile – Responsabilité pénale – Principes directeurs du droit pénal – Amende pénale – Amende administrative.

Abstract:

Despite common characteristics, civil monetary penalties give rise to issues which differ from one type of sanction to the other. Penalties or penalty clauses, although difficult to insert into traditional legal categories, are firmly rooted in the traditional french legal system and do not call into question its overall consistency thanks to their narrow scope. On the contrary, civil fines in positive law and punitive damages in prospective law question the function and consistency of civil law, notably in matters of civil liability. It seems that linking these sanctions to civil liability is widely artificial, such a situation being explained by the practical aims which governed their development. In this regard, the use of civil fines or punitive damages has been shown necessary due to the others deterrent and punitive sanctions' insufficiencies and the inadequacy of other main alternatives.

The practical merits of civil monetary penalties should not be overstated as the application of a significant part of them is subject to the guiding principles of penal law in application of european or constitutional provisions. In particular, legality and proportionality principles deprive the said penalties of an important part of flexibility usually granted by a part of the literature.

Furthermore, the study of the general scheme of civil fines and punitive damages has been partly disregarded. It seems that while an overall regime can be elaborated from a substantial perspective, such a goal is not possible from a procedural perspective - both at the prosecution and the recovery stages - because of the specifics of the studied sanctions. These differences seem to favor civil fines over punitive damages both from a consistent and a practical point of views.

Keywords : Civil fine – Penalty – Penalty clause – Punitive damages – Sanction – Civil liability – Criminal liability – guiding principles of penal law – Fine – Administrative fine.